

• “Intorno all'art. 4 Stat. Lav: tra il vecchio e il nuovo diritto”

Indice generale

Introduzione	2
Capitolo 1	11
Il vecchio testo dell'art. 4 Stat. Lav.....	11
1.1Le condizioni dei lavoratori nella realtà delle fabbriche degli anni '50.....	11
1.2Considerazioni sulla “capacità lesiva” della riservatezza delle apparecchiature di controllo a distanza	14
1.3Profili interpretativi dell'art. 4 lg 300/1970	20
1.4La condotta vietata; il controllo a distanza.....	20
1.5Breve riflessione sulle problematiche di utilizzo delle centraline telefoniche elettroniche.....	25
1.6Il referente della condotta vietata; la nozione di attività lavorativa.....	29
1.7Strumenti di rilevazione degli orari di ingresso e di uscita: tornelli e badges.....	33
1.8L'interpretazione estensiva della norma; a proposito del richiamo ad “altre apparecchiature”.....	41
1.9Ratio del secondo comma dell'art. 4.....	44
1.10L'aspetto della procedura di compartecipazione sindacale. .	49
1.11Lesione del bene protetto; i rischi connessi all'utilizzo delle nuove tecnologie.....	71
1.12Disciplina del Codice in materia di protezione dei dati personali e orientamenti giurisprudenziali in tema di “nuove tecnologie” per il controllo a distanza.....	75
1.13L'eccezione dei controlli difensivi; il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale.....	87
1.14Conseguenze della violazione del divieto dell'art. 4.....	100
Capitolo 2.....	104
La nuova disciplina dei “controlli a distanza”	104
1.1Il nuovo testo dell'art. 4	104
1.2Modifiche concrete ai primi due commi della vecchia normativa: il nuovo primo comma.....	107
1.3Il tema dei controlli difensivi in relazione alla nuova disciplina.....	117
1.4Il nuovo secondo comma.....	133
1.5Risvolti pratici delle recenti modifiche.....	151
Conclusioni.....	177
Bibliografia.....	183

Introduzione

Ad oggi la preoccupazione di un controllo orwelliano all'interno dell'impresa sembra essere ben lontana dalla nostra visione dell'universo lavorativo.

Ciò risulta sicuramente essere il prodotto di normative ampiamente garantistiche di stampo costituzionale e legislativo radicate nel nostro ordinamento giuridico.

A suggello dell'enorme rilevanza dei diritti fondamentali di riservatezza e dignità dell'uomo (e quindi del lavoratore in quanto tale), si pone l'art. 2 della nostra Costituzione, il quale afferma e tutela inderogabilmente i diritti inviolabili dell'uomo.

In diretta discendenza costituzionale, si formulò poi la lg. 300 del 1970 (meglio conosciuta come “Statuto dei lavoratori”), al cui art. 4 espressamente si afferma un “divieto assoluto di controllo a distanza” sull'attività lavorativa da parte del datore di lavoro.

Non pare, dunque, difficile immaginare come una benché minima modificazione di questo assetto legislativo possa sollecitare gli animi dei destinatari delle suddette garanzie e dei loro rappresentanti.

Ed è senza dubbio possibile affermare che, a seguito dell'introduzione del decreto legislativo n. 151 del 14 settembre 2015, varato dal governo attuale all'interno della riforma del lavoro denominata “Jobs act” proprio in sostituzione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, si sia verificata una consistente sollevazione sindacale contro le modifiche alla regolamentazione dei controlli a distanza da esso proposte.

Occorre però, com'è d'uso fare tra soggetti raziocinanti (ed a maggior ragione tra studiosi di diritto), fermarsi a riflettere sulla reale portata delle variazioni sopraggiunte, depurando il percorso di analisi da qualsiasi preconcetto o presa di posizione di sorta, per giungere ad una valutazione oggettiva delle circostanze.

Questo scritto si propone, quindi, di tentare di scandagliare al meglio la materia dei “controlli a distanza” (per come si presentava in precedenza e per l'aspetto successivamente assunto) al fine di giungere a conclusioni logiche e, così come ogni buon giurista dovrebbe operare, volte a definire un bilanciamento di interessi tra le parti “in causa” (in questo caso datore e prestatori di lavoro) il più equilibrato possibile, partendo da un esame che si potrebbe definire “tecnico” delle disposizioni in essa contenute.

Nella prima parte dell'elaborato, inizialmente ci si preoccupa di delineare il quadro sociale e di diritto nel quale si è imposta con forza l'esigenza di una tutela legale avverso ai sempre più “odiosi” e “penetranti” controlli a distanza del datore di lavoro, che negli anni precedenti l'emanazione dello Statuto erano caratterizzati da una legittimazione “selvaggia” alla loro effettuazione.

Successivamente si pone l'accento sulla capacità lesiva del controllo a distanza mediante l'utilizzo delle più moderne tecnologie, il quale potrebbe permettere agevolmente di ricreare un “profilo completo” della persona del lavoratore sottoposto a controllo, attraverso una forma di sorveglianza, al contrario di quella prevista dall'art. 3 Stat. Lav., non direttamente percepibile e quindi potenzialmente maggiormente insidiosa e subdola.

Ancora, proprio in relazione all'espansione della capacità lesiva delle suddette apparecchiature con il delinearsi di un contesto tecnologico sempre più all'avanguardia negli anni, si evidenzia l'estrema versatilità della norma ad integrare diverse tipologie di strumentazioni (anche le più avanzate) grazie al richiamo della stessa, oltre agli “impianti audiovisivi”, anche ad “altre apparecchiature” e alla ratio sottostante alla norma che sembra rivolgere l'attenzione alla capacità della macchina di ledere l'interesse protetto dalla fattispecie, ovvero quello della dignità e riservatezza del lavoratore.

Ci si incammina poi verso un'analisi della lettera della norma, chiarendo però, prima, le giustificazioni alla base dei primi due commi dell'ex art. 4, apparentemente contrastanti.

Com'è ormai noto, infatti, la prima disposizione sanciva un divieto assoluto di controllo a distanza sull'attività lavorativa, garantendo così una salda protezione da ingerenze esterne sull'operato del prestatore di lavoro.

L'ormai superato secondo comma, invece, stabilisce una deroga al primo per l'eventualità in cui da tali apparecchiature di controllo derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, ma siano soddisfatte due condizioni espressamente definite: siano richieste da specifiche esigenze “organizzative e produttive” o di “sicurezza del lavoro” e siano installate soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali.

Secondo l'interpretazione qui abbracciata, tale eccezione al divieto assoluto sarebbe da leggersi nell'ottica di un parziale bilanciamento di interessi con la controparte datoriale, che in questa circostanza presenta interessi anch'essi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, i quali devono essere necessariamente temperati con l'opposta tutela della riservatezza dei lavoratori, e da far riferire all'ipotesi in cui la macchina soddisfi e tragga la propria ragion d'essere proprio da queste esigenze imprenditoriali, ma, allo stesso tempo, consenta un'osservazione “collaterale” ed “incidentale” sullo svolgimento della prestazione di lavoro.

La trattazione poi prosegue con l'intento di scandagliare quasi “parola per parola” il contenuto della normativa, chiarendo l'ambito semantico e l'esegesi da attribuire a ciascun termine richiamato nella norma.

L'attenzione viene rivolta, in primis, sulla definizione precisa del concetto di “controllo”; e cioè della condotta vietata dall'art. 4.

Esso viene infatti inibito in quanto configurabile come attività fin

anche potenzialmente idonea alla raccolta di dati inerenti alla prestazione lavorativa, in grado di consentire all'agente (ovvero al datore di lavoro) una valutazione sullo svolgimento dell'attività di lavoro.

Rilievo fondamentale ha ovviamente il carattere “a distanza” dell'attività di vigilanza, senza dubbio inteso in un'accezione talmente ampia da ricoprire sia una distanza spaziale, sia temporale.

È possibile tranquillamente affermare, quindi, che la disposizione rivolga il proprio divieto sia ad una vigilanza attuata a distanza spaziale rispetto all'hic della prestazione, ma anche ad un controllo posto in essere “a distanza” nel tempo dalla raccolta delle informazioni da parte del datore (l'ipotesi che si vuole richiamare qui è palesemente quella dell'utilizzo di sistemi atti alla conservazione dei dati acquisiti).

A proposito di ciò che si individua come il referente del controllo datoriale, e dunque l' “attività lavorativa”, se ne propone una lettura tutt'altro che restrittiva allo scopo di ricondurre sotto l'ala protettiva dell'art. 4 un'area vasta che superi i confini dello stretto adempimento della prestazione di lavoro e lambisca anche le cosiddette “licenze comportamentali”, afferenti ad una sfera più personale del lavoratore.

Guardando poi alla concreta applicazione della disciplina in esame, si affrontano problematiche relative all'installazione di particolari dispositivi di controllo: vengono esaminati, nello specifico, i risvolti applicativi dell'utilizzo delle “centraline telefoniche elettroniche” e di alcuni strumenti di rilevazione delle presenze e degli orari di ingresso e di uscita come i “tornelli” e i più moderni “badges”.

Categorie di strumentazioni che pongono rilevanti e peculiari quesiti; l'una, per i possibili sconfinamenti in campo penale, a cui potrebbe portare, l'altra circa le numerose incongrue applicative tra i due strumenti e nelle risoluzioni giurisprudenziali sulla loro installazione.

Si impone poi, la necessità di definire i limiti della deroga di cui al

secondo comma ed, con particolare attenzione alla specificazione della procedura legale imposta dalla disposizione.

Viene posto in essere, quindi, un esame sulle ragioni dell'attribuzione di una siffatta facoltà di disposizione di un diritto dei lavoratori da parte delle rappresentanze sindacali (la quale sembra conseguire in virtù di un principio di rappresentatività conforme ad un modello democratico) e dell'adattabilità della procedura di compartecipazione al maggior numero di realtà industriali presentabili.

Nel caso in cui un accordo con le parti sociali interessate non sia stato raggiunto, la norma prevede espressamente una seconda fonte regolamentare al fine di riavviare la situazione di stallo che potrebbe verificarsi.

Di seguito poi si ritiene opportuno tornare sul tema, a parere di chi scrive, centrale con riguardo alla normativa sui controlli a distanza.

Si trattano quindi le più estese capacità lesive delle macchine più sofisticate, frutto del progresso tecnologico e dunque i rischi connessi da un loro eccessivo utilizzo, nella delineazione di un profilo personale del lavoratore talvolta inesatto e fuorviante.

Una soluzione però alla più intensa vigilanza effettuabile è stata rinvenuta senza dubbio nella nascita della normativa a protezione dei dati personali (il cosiddetto Codice della privacy).

La disciplina, infatti, sembra particolarmente idonea ad incanalare all'interno della procedura definita per il trattamento dei dati personali il controllo datoriale che comporti l'acquisizione di informazioni sui propri dipendenti.

Di conseguenza, qualsiasi tipo di controllo informatico e non ben potrà e dovrà essere sottoposto ai limiti imposti dal Codice a tutela della riservatezza, che fissa principi e regole di esperibilità del trattamento alle quali anche il datore di lavoro dovrà rispondere.

Si passa poi alla trattazione dell'importante tematica dei controlli

difensivi; ovvero di quei controlli ammessi dalla giurisprudenza in quanto volti all'accertamento di un illecito penale o contrattuale.

Consentiti, infatti, proprio perchè indirizzati alla tutela di altri beni di rilevanza costituzionale (quali, ad esempio, la proprietà), che talvolta possono anche prevalere, in un'operazione di contemperamento, sul bene tutelato dalla normativa di cui all'art. 4 dello Statuto.

La giurisprudenza consolidata ha posto però un discrimen tra “controlli a distanza” e “controlli difensivi” sulla base di un criterio oggettivo che guarda all'oggetto perseguito dal controllo (che deve rinvenirsi, per essere ammissibile, in “beni estranei al rapporto di lavoro”), escludendo una volta per tutte l'indirizzo finalistico che si era sviluppato in precedenza.

Del tema si evidenziano le applicazioni concrete, ma anche le incongruenze che possono emergere dalla diffusa prassi applicativa.

Tra le prime se ne mette in luce il rischio di una sua collimazione con l'osservazione sull'attività lavorativa (dunque un'ipotesi assolutamente vietata), arrivando poi però a convenire che nel caso in cui una tale fattispecie si possa verificare dovranno essere senza dubbio applicate le condizioni di cui al secondo comma dell'art. 4.

Per quanto concerne invece l'emersione di possibili aspetti contraddittori e dalle ampie ripercussioni dal punto di vista di un indebolimento dell'assetto garantistico, si richiama l'ampia ondata di liberalizzazione che ha investito questa tipologia di controlli, la quale ancor più perchè legittimata anche nella sua forma più insidiosa (e dunque quella occulta) può comportare effettivi lesivi dei beni protetti dalla disciplina dell'art. 4 ancora più estesi.

Anche la questione poi della successiva utilizzabilità o meno delle informazioni in tal modo raccolte pare sicuramente degna di nota sotto l'aspetto delle incongruenze giurisprudenziali, tuttavia essa viene rinviata ad una trattazione in parallelo con la nuova disciplina in

materia di controlli a distanza.

A conclusione dell'exkursus relativo al vecchio testo dell'art. 4 si è deciso di descrivere le conseguenze previste a seguito della violazione dell'articolo in esame.

A suggello della rilevanza di una tutela da intrusioni esterne nello svolgimento dell'attività lavorativa è posta, prima di tutto, una sanzione penale espressamente sancita dall'art. 38 dello stesso Statuto.

Successivamente, a seguito anche del richiamo a fattispecie concrete in cui un datore ha posto in essere comportamenti in violazione della disposizione, emerge che la conseguenza prevista in tali ipotesi è quella processuale dell'inutilizzabilità delle informazioni raccolte a fondamento di una misura disciplinare.

Con l'effetto che un ipotetico licenziamento giustificato da dati illegittimamente ottenuti dovrà essere ritenuto invalido.

Terminata l'analisi della normativa previgente al momento in cui si scrive, si passano ad analizzare le modifiche legislative introdotte dal nuovo d. lgsl. 151 in attuazione del disegno di riforma del “Jobs Act”.

Fin da subito si prende posizione circa il carattere “di manutenzione” che il primo comma sembra possedere.

Esso infatti, pur non sancendo di nuovo espressamente, alla stregua della previgente norma, un “divieto assoluto” di controllo a distanza sull'attività lavorativa, sembra riprendere la lettera del vecchio secondo comma che, seppur indirettamente, concede sicuramente protezione agli interessi coinvolti durante l'espletamento della prestazione da parte del lavoratore.

Il secondo comma, appunto, si rivolge a quelle ipotesi in cui le strumentazioni che si intendono installare consentano anche, oltre ad essere funzionali al soddisfacimento di interessi datoriali di organizzazione, produzione e tutela del patrimonio, una sorveglianza “potenziale” sul momento adempitivo della mansione.

Ed in tale fattispecie le condizioni necessarie all'installazione dell'apparecchiatura sembrano essere rimaste completamente invariate, ciò che sembra aver subito un mutamento, invece, sembra trovarsi tra le esigenze giustificative della predisposizione del dispositivo, le quali inglobano oggi anche la “tutela del patrimonio aziendale”.

Pur apparendo a prima vista irrilevante, questa aggiunta legislativa potrebbe comportare risvolti tutt'altro che trascurabili sull'importante tematica dei “controlli difensivi”.

Questa tipologia di controlli infatti, grazie al richiamo del nuovo testo alle “esigenze di tutela del patrimonio”, dovrebbe essere letta come sottoposta alla condizione legale del preventivo esperimento della procedura di contrattazione sindacale, con prospettabili imponenti limitazioni per quanto concerne l'effettuazione di questi controlli.

Tuttavia, la vera “pietra dello scandalo”, che tanta sollevazione ha causato, della neo-nata disciplina risiede nella totale esenzione dalla previsione sopra esposta degli strumenti necessari allo svolgimento della prestazione lavorativa.

Alla giurisprudenza probabilmente sarà lasciato il compito di definire i termini del concetto di “strumento di lavoro” e soprattutto, ancor più significativo, se detti apparecchi saranno esclusi dall'accordo sindacale soltanto ove restino immutati da parte del datore che decida di attuare un controllo mediante il loro utilizzo, oppure nel caso in cui subiscano variazioni strutturali funzionali alla sorveglianza debbano ritenersi (e quindi trattati alla stregua di) “strumenti di controllo” e non “di lavoro”.

Giunti al termine di una lettura interpretativa dei sopravvenuti dettami legislativi, si intende poi centrare l'attenzione sulla reale portata delle modifiche introdotte, tentando di valutare i pregi ed i difetti della nuova regolamentazione dei controlli a distanza.

La chiave di lettura proposta in questo scritto si pone un po', forse, in

controtendenza con le espressioni dottrinarie maggioritarie, le quali tendono ad attribuire, a parere di chi scrive, un sempre più esteso apparato garantistico alla parte (giustificatamente considerabile come) debole del contratto di lavoro.

Si pongono dubbi infatti proprio sul quantum della violazione della privacy di fatto realizzabile mediante l'attuazione di una sorveglianza a distanza sul dipendente, fino a spingersi persino ad ipotizzare un vacillamento dell'an stesso della lesione, ove il datore di lavoro valuti necessario effettuare un controllo sul corretto adempimento della prestazione concordata (e adeguatamente corrisposta) col proprio lavoratore sottoposto.

In sostanza, l'obiettivo che la trattazione vorrebbe tendere a raggiungere sarebbe quello quantomeno di insinuare il germe di una possibile rivalutazione dell'assetto della materia, in un ottica maggiormente improntata ad un bilanciamento degli interessi contrapposti più equa e neutrale, lontana da condizionamenti di parte.

Ed il metodo valutato maggiormente idoneo a spingere verso un tale ripensamento è stato quello di una ripercorrenza dell'intero percorso evolutivo della normativa di cui all'art. 4 Stat. Lav., appunto per consentire di comprenderne le ragioni alla base di una disciplina così restrittiva dei controlli, fino a farne però intravedere barlumi di un ipotizzabile superamento del suo rigido assetto, tenendo conto anche di altre esigenze forse fino ad oggi trascurate o permesse tramite artifici giurisprudenziali.

É bene comunque evidenziare che lo scritto termina, ad ogni modo, con l'auspicio che della nuova normativa la giurisprudenza ne faccia un utilizzo “temperato”, attento alle esigenze dei lavoratori che sicuramente, nella misura evidenziata, sono state in parte accantonate in secondo piano rispetto ad altri interessi che, soprattutto nell'ultimo periodo, invocavano una rivisitazione legislativa.

Capitolo 1

Il vecchio testo dell'art. 4 Stat. Lav.

1.1 Le condizioni dei lavoratori nella realtà delle fabbriche degli anni '50

Lo Statuto dei lavoratori si inserisce in un contesto di profonda incertezza in merito alle garanzie dei diritti fondamentali ed umani dei lavoratori, tale da spingere numerosi illustri giuristi ad affermazioni spiazzanti, quali quella del noto weimariano Karl Korsh, il quale non troppo velatamente dichiarava che: “varcando il portone della fabbrica, l'operaio viene assoggettato ad una legge particolare, in quanto in casa del suo padrone gli vengono imposte norme di comportamento vincolanti.”, o ancora la meno nobile citazione di un altro tedesco ¹ che giunse addirittura ad ironizzare su un vero e proprio abbandono dello stato democratico da parte del cittadino (uomo) che si introduceva nell'area a-democratica della fabbrica.

Vero è che già vent'anni prima la Carta costituzionale aveva sancito principi inviolabili e attinenti alla persona umana come la libertà di pensiero e la tutela della dignità dell'uomo, visti come non più mere libertà negative ma come diritti da garantire anche nell'ambito delle strutture sociali ed economiche, ma tali enunciati sembravano essere rimasti a lungo “di carta”.

É dunque con lo Statuto che cessa l'era del “particolarismo” del diritto aziendale, attraverso l'introduzione di diritti di libertà e dignità nel contesto della prestazione d'opera, in un'ottica di eliminazione di ogni ingiustificata disparità tra lo status di cittadino e quello di lavoratore subordinato.

Per la prima volta vengono, quindi, introdotte disposizioni riguardanti direttamente la sfera privata del prestatore d'opera, come ad esempio

¹ L. Gaeta, “La dignità del lavoratore e i “turbamenti” dell'innovazione”, in Lav. e dir. (1990).

gli art. 1 (sulla “libertà di opinione”), 4 (in materia di “controlli a distanza”), 5 (in tema di “accertamenti sanitari”), ed infine 8 (in cui è sancito un “divieto di indagini sulle opinioni”).

Occorre notare sin da subito come la legge del '70 si sofferma in particolar modo su una precisa regolamentazione del potere direttivo del datore di lavoro, il quale è capace di incidere maggiormente nell'area intima a cui facevamo riferimento e si preoccupi di relegarlo entro limiti di tollerabilità del controllo effettuabile.

In particolare, ponendo l'attenzione sull'art. 4, oggetto dell'analisi qui in fieri, è facilmente percepibile come questa regolamentazione ponga l'attenzione sui risvolti “polizieschi” della facoltà di controllo del datore di lavoro, catalogabili agevolmente in relazione all'art. 3 nel senso qui esplicitato: pare, infatti, che il controllo da parte di un uomo sia legittimo nella misura in cui il lavoratore ne sia reso consapevole, mentre il controllo da parte della macchina sia presunto illegittimo proprio per il suo carattere potenzialmente più subdolo e occulto.

Posta però l'innegabile legittimità del potere di controllo datoriale, direttamente derivabile dal rapporto di debito-credito in prestazioni continuative e periodiche all'art 2104 c.c., oltre quale soglia può definirsi una violazione dei diritti di libertà e dignità del lavoratore?

Sicuramente fino al 1996, con l'emanazione del Codice della privacy, questo discrimen poteva essere fissato dalla giurisprudenza dell'epoca unicamente mediante l'appiglio interpretativo ricavabile dai principi inviolabili affermati all'art. 2 della Costituzione, come già enunciato prima, e da principi di derivazione internazionale come quelli scaturenti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e quelli diffusi nelle varie raccomandazioni del Consiglio d'Europa (ad esempio quella del 1986 in materia di dati raccolti per finalità di sicurezza sociale) ed elencabili in: “principio della correttezza” della raccolta delle informazioni, “dell'esattezza” (caratteri imprescindibili

per una raccolta precisa e non discriminatoria dei dati personali), “dell'accessibilità” da parte degli interessati (elemento che permette la conoscenza della circolazione delle proprie informazioni e quindi un controllo diretto su di essa), il “principio di finalità” (che inquadra lo scopo con cui il datore effettua la raccolta e quindi ne permette una valutazione sulla sua legittimità) ed il “principio di temporaneità” della conservazione delle informazioni (definibile anche come “diritto all'oblio”, il quale pone come ulteriore condizione alla raccolta, il fatto che l'informazione sia trattenuta negli archivi per un periodo limitato di tempo, status che consente di limitare i rischi connessi ad una preservazione illimitata del dato, come ad esempio il carattere deviante della “decontestualizzazione”).

Orientamento che si rivelò presto, con l'avanzamento tecnologico che ampliava enormemente i margini di operatività dei controlli, insufficiente a garantire un'adeguata tutela della sfera “extra lavorativa” del prestatore di lavoro e, quindi, anche incapace di impedire la nascita di un grande dibattito attorno all'esigenza di limiti certi e definiti alla violazione della riservatezza e dignità dell'uomo-lavoratore.

Fu, appunto, un grande giurista come Rodotà ad aprire, tra i primi, la questione della contrapposizione tra “tecnologie pulite” (che si limitassero ad una funzione di vigilanza sull'esatto adempimento della prestazione lavorativa) e “sporche” (cioè inquinate da un potenziale di controllo che sconfinasse oltre il controllo legittimo ai sensi del codice civile)².

2 S. Rodotà, “Tavola rotonda, I controlli elettronici tra limiti legali e contrattazione collettiva”, in Riv. Giur. Lav. 1987.

1.2 Considerazioni sulla “capacità lesiva” della riservatezza delle apparecchiature di controllo a distanza

Si ritiene opportuno, adesso, a fine di un astratto ragionamento sulla capacità lesiva delle apparecchiature qui in esame, calarsi nel testo concreto della normativa stessa, al fine di ricomprendere al meglio i risvolti pratici del tema.

L'ormai vecchio testo dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970, intitolato “impianti audiovisivi”, recita infatti così ai primi due commi: “É vietato l'uso di impianti audiovisivi o di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive, ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna.

In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti.”

Il primo comma della norma, stabilendo un “divieto assoluto” di controllo sull'attività lavorativa, si pone in perfetta armonia con la considerazione di questo primo nucleo di disposizioni statutarie come normazione sulla privacy ante litteram (nel senso di un'anticipazione della disciplina rispondente a questa denominazione).

Già nel secondo comma, tuttavia, il quale consente sicuramente di temperare il tenore del primo, potrebbe insinuarsi, ancor più con l'avanzamento della programmazione tecnologica, che giunge fino ad “incorporare” il potere di controllo nella macchina stessa (che comporta di per sé la registrazione di dati relativi all'efficienza e

all'assiduità del lavoro), un “turbamento dell'innovazione” di gaetiana memoria, che potrebbe portare ad ampliare il rischio di un eccessivo sconfinamento da un “controllo sul risultato della prestazione” ad un controllo “sulla persona” del lavoratore.

Problematica che, noti rappresentanti della dottrina come Luciano Ventura, il già citato Rodotà, Fausto Bertinotti e molti altri, non mancarono di attribuire anche all'inesistenza di una legislazione che costituisca una soglia minima di riservatezza inderogabile sempre ed in ogni luogo.

Di “soglia minima” o di “riservatezza minore” è maggiormente opportuno riferire, in quanto è lo stesso Statuto dei lavoratori a porre una distinzione tra una certa “privacy aziendale” (ricadente sotto lo scudo protettivo di disposizioni quali gli articoli 2, 3, 4, 6 che consentono controlli sulla prestazione lavorativa) ed una “privacy extra-aziendale” (agli artt. 1, 8 e 15) ispirata a criteri più rigidi di tutela dei beni coinvolti ³.

Pur apparentemente di scarso rilievo, si tratta di una distinzione da evidenziare, poiché contiene in sé la stessa giustificazione al secondo comma della norma qui in esame, l'art. 4, dato che esclusivamente in virtù di questa (e cioè alla riferibilità della norma al solo ambito “produttivo” della riservatezza) è consentito derogare collettivamente alla tutela predisposta, per motivi di sicurezza ed organizzazione del lavoro.

Si parlò, appunto, di una “privacy produttiva” di stessa radice, ma di diversa contestualizzazione, rispetto ad una privacy “più intima”, maggiormente legata all'aspetto “umano” dell'individuo ⁴.

Chiarito ciò, è ben possibile comprendere come all'art. 4 sia affidata una funzione di razionalizzazione del potere di organizzazione e

³ P. Zanelli, “Per una nuova disciplina dei controlli sui lavoratori nella società tecnologica”, in *Giurispr. It.* 1988.

⁴ P. Ichino, “Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro”, Milano, 1986, 57 e segg.

gestione, facente capo al titolare dell'impresa, in modo che esso si estrinsechi di fatto senza ledere la dignità, il decoro e le esigenze del lavoratore-persona ⁵.

In quanto alla proposta questione di arcaicità della norma rispetto ai mutamenti tecnologici dell'avanzare del tempo, si potrebbe (com'è stato) obiettare che essa ben sembrerebbe adattarsi a questi, grazie al suo richiamo ad “altre apparecchiature” (travolte anch'esse, unitamente agli impianti audiovisivi, dal divieto in esame), che denoterebbe una non trascurabile capacità estensiva a vari strumenti di monitoraggio, che vadano oltre le semplici e più obsolete “telecamere di videosorveglianza”.

Fu osservato, infatti, che, se in origine la norma aveva come referenti unici strumenti quali: telecamere, citofoni, microfoni o strumenti di intercettazione, nel corso del tempo erano sopraggiunte tecnologie in grado di rompere l'aristotelica unità di tempo e spazio del controllo e permettere un'osservazione “in tempo reale” dell'attività del lavoratore, dunque ancora più fastidiosa e penetrante della precedente attività di vigilanza, poiché, si è detto, allo sguardo umano o a quello elettronico della telecamera, si aggiunge lo sguardo, ben più inesorabile e freddo della memoria elettronica ⁶.

In molti risollevarono in tale occasione il pericolo di “una sorta di moderna edizione del panopticon” ideato da Jeremy Bentham “per il controllo di pazzi, criminali, malati e lavoratori poveri operanti nelle case di lavoro” ⁷.

L'avvento delle nuove tecnologie informatiche in azienda indubbiamente, infatti, moltiplica le possibilità di capillari controlli a

5 M.. Meucci, “Sui controlli a distanza dell'attività dei lavoratori”, in Lavoro e previdenza oggi 1988.

6 R. Foglia, “Tutela della riservatezza del lavoratore e controllo informatico dell'attività lavorativa”, in Notiziario giur. Lav., 1989.

7 La citazione è di A. Rossi, “Il controllo sul lavoro nell'azienda che si informatizza”, I.r.e.s., 1985, 7.

distanza sui lavoratori, dato che i moderni sistemi informatici consentono addirittura di confrontare, combinare, rielaborare dati che trascendono il mero momento adempitivo della prestazione fino alla creazione di banche dati da cui non è operazione ardua giungere a delineare un “profilo completo” del prestatore d'opera.

Per non parlare poi del quasi illimitato potere conservativo di detti dati proprio delle tecnologie in questione, che molto probabilmente si porrebbe in contrasto col riconosciuto, persino internazionalmente, “diritto all'oblio” della persona umana.

Qualsiasi dubbio sull'interpretazione qui proposta però, ben può essere fugato guardando alla ratio della disposizione che rivolge l'attenzione alla capacità della macchina di ledere l'interesse protetto dalla fattispecie, ovvero quello della dignità e riservatezza del lavoratore.

Da ciò, dunque, anche i più moderni sistemi informatici possono assumere le caratteristiche proprie degli strumenti a cui l'art. 4 fa riferimento, poiché è certamente da ritenersi vera l'osservazione secondo cui: “apparecchiatura di controllo è...qualsiasi congegno o parte di congegno dotato di potenzialità (o suscettibile di essere usato in funzione) di controllo, ovunque collocato e inserito, e non necessariamente caratterizzato da una sua distinta ed autonoma struttura o da un'esclusiva destinazione al controllo”⁸.

Riallacciandoci proprio a questa definizione di “apparecchiatura di controllo”, possiamo passare ad analizzare la differente giustificazione alla base dei due commi della norma.

Qual è, infatti, la linea di demarcazione tra i congegni assolutamente vietati al primo comma e quelli, seppur condizionatamente, talvolta concessi al secondo?

Ebbene, il primo comma è sicuramente predisposto a vietare, in modo

⁸ A. Rossi, *La libertà*, cit., 220; così, Degli Esposti, “Innovazioni tecnologica, nuovi limiti al controllo dei lavoratori e contrattazione”, in *Quad. Lav.* 80, n. 3, 1984, 24; Zanelli, *Innovazione tecnologica e controllo sui lavoratori*, in *Dir. Inf.*, 1985, 296; Pret. Milano, 4 ottobre 1988, in *Not. giur. Lav.*, 1989, 444.

inderogabile, l'installazione per effettivo uso, di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature (similari quanto agli effetti indesiderati) destinate allo scopo precipuo e diretto del controllo “a distanza” dell'attività dei lavoratori (controllo odioso e riprovevole in quanto “a distanza”, e non “uomo a uomo”, cioè a dire al di fuori della percezione o cognizione diretta del controllato, e quindi a sua insaputa).

Il secondo comma, invece, si rivolge a quei macchinari in cui è insita una potenzialità di un controllo (eventuale e indiretto) sull'attività dei prestatori di lavoro, ma che sono anche ritenuti oggettivamente indispensabili a soddisfare “esigenze organizzativo-produttive o di sicurezza del lavoro” (come, appunto, espressamente imposto dall'articolo).

Esigenze ritenute, dunque, meritevoli di salvaguardia dal legislatore statuario, ma proprio perchè connesse a potenzialità lesive dei beni ricadenti sotto l'ala protettiva della fattispecie, collegate ad un onere incombente sul datore di lavoro di contrattare, con le istanze rappresentative dell'unità produttiva interessata, l'installazione delle apparecchiature richieste dalle circostanze ⁹.

È agevole desumere da ciò come lo Statuto, nella contrapposizione di interessi tra la massimizzazione del profitto del datore e quello alla tutela della libertà e dignità del lavoratore, pur riconoscendoli entrambi, scelga di far prevalere sicuramente il secondo sul primo, ma in questo secondo caso (in dettaglio al secondo comma) permetta una deroga alla tutela della riservatezza del prestatore d'opera, in virtù di una sorta di rinuncia a favore di un vaglio democratico sull'installazione.

Ora, in merito alla linea di differenziazione sottesa ai due commi, vi è stato chi ha proposto una lettura “quasi psicologica” di essa.

⁹ M. Meucci, “Sui controlli a distanza dell'attività dei lavoratori”, in *Lavoro e previdenza* oggi 1988.

Alcuni esponenti della dottrina avrebbero rinvenuto nella ratio dei due commi la volontà di distinguere l'intenzione che muove il datore ad effettuare l'installazione del macchinario adibito al controllo, per cui, sottoposta al divieto assoluto di cui al primo comma sarebbe la predisposizione di impianti "intenzionalmente" funzionali al controllo sulla prestazione d'opera, mentre ricadenti nella fattispecie di cui al secondo, e quindi permessi entro i suoi limiti, sarebbero i controlli cosiddetti "preterintenzionali" sull'attività, ovvero frutto di una sorta di "effetto collaterale" della messa a punto dell'impianto.

Tesi interessante ma piuttosto ambigua ad una riflessione un po' più approfondita.

Sembrerebbe infatti fondarsi su una specie di valutazione dell'elemento soggettivo che muove il soggetto datore di lavoro all'acquisizione dell'impianto, analisi a dir poco alquanto indefinibile e probabilmente non prospettabile.

È da ritenere per questo, più ragionevole la tesi sopra affermata, la quale si pone a favore di un'interpretazione più ampia della nozione di "controllo a distanza" che ricomprende, non solo apparecchiature "direttamente volte a", ma anche strumenti "potenzialmente capaci di" effettuare, oltre ad una verifica sull'adempimento della prestazione, un'osservazione "eventuale" ma, nel concreto, "effettuabile" sulla prestazione d'opera.

In linea con questa posizione esegetica si pone, inoltre, ad esempio, la decisione giurisprudenziale del Tribunale di Milano, del 7 luglio 1977, riguardante il caso Soc. off. Meccaniche Vimercati c. Cavalieri, la cui massima è così sintetizzabile: "la violazione dell'art. 4 dello Statuto si realizza quando obiettivamente vi sia la possibilità di effettuare un controllo a distanza sull'attività, a prescindere dalle finalità che l'imprenditore in concreto si sia posto; pertanto, nella specie, giustamente i lavoratori si sono rifiutati di consegnare all'azienda i

congegni che consentivano un controllo a distanza della loro attività, anche se la ditta non se ne serviva per tale scopo ed in quanto essa non ha esperito la procedura di cui all'art. 4 dello Statuto per utilizzare le apparecchiature di controllo”¹⁰.

1.3 Profili interpretativi dell'art. 4 lg 300/1970

Dopo una serie di riflessioni sulla ratio e le finalità della norma, si ritiene opportuno passare ora ad un'analisi punto per punto della “grammatica della norma”.

Si ritiene infatti necessario dover attribuire la giusta portata a ciascun termine utilizzato dal Legislatore del 1970, al fine di potere chiarire nel miglior modo possibile quale sia la più corretta lettura della disposizione e definire con precisione il campo di applicazione cui essa fa riferimento.

Una siffatta impronta analitica non pare certo un'innovazione nella trattazione dell'argomento, ma proprio per questo motivo deve essere necessariamente preferita ad altri metodi che potrebbero avere il difetto di ricadere in un'approssimatezza del tutto priva di significato nell'esame di una materia così delicata.

1.4 La condotta vietata; il controllo a distanza

Indubbiamente il primo aspetto da chiarire, ma di cui si è già fatto cenno, riguarda sicuramente l'individuazione della “condotta vietata”, ovvero la risposta alla domanda: cosa s'intende per “controlli a distanza”?

È necessario definire, intanto, il concetto di controllo.

Per esso infatti s'intende in sostanza un'attività di “osservazione e giudizio” : un'attività, cioè che si svolge generalmente attraverso la raccolta di dati sul comportamento del lavoratore, la quale permette poi

¹⁰ In Orientamenti giur. Lav., 1977, 716.

di operare una valutazione.

Rilievo essenziale ha infatti la facoltà di effettuare un giudizio che la raccolta consente, dato che oggetto del divieto della norma è da considerarsi unicamente il controllo in sé e il suo potere di porre a disposizione del datore una serie di dati che consenta di fatto l'effettuazione di una valutazione sull'attività lavorativa, indipendentemente dalla realizzazione poi, di questa, da parte di quest'ultimo.

Fase che, per l'appunto, può anche essere assente, ma che non esclude, in quanto atto umano, la violazione del divieto di cui all'articolo.

Come esclusivo ed imprescindibile connotato del comportamento qui vietato, si delinea il suo carattere “a distanza”, ove con esso la norma intende riferirsi ad un esercizio dell'osservazione al di fuori della percezione o cognizione diretta del controllato e, quindi, a sua insaputa.

Concetto vasto, dunque, che pare estendersi contestualmente sia ad una dimensione spaziale che ad una temporale.

Perciò, semplificando, la disposizione mirerebbe a proibire sia un controllo effettuato attraverso l'utilizzo di macchinari che permettano la registrazione e la visualizzazione istantanea della fase lavorativa, sia un controllo svolto “a distanza” nel tempo, mediante l'analisi di dati conservati in archivio e, quindi, non in tempo reale.

Tipologia di vigilanza, quest'ultima, la quale, allo stesso momento, potrebbe rivelarsi ancor più insidiosa e lesiva rispetto alla prima, in quanto, fisiologicamente, attribuirebbe al datore di lavoro una disponibilità quasi perpetua delle informazioni raccolte ed anche un loro possibile assoggettamento a qualsiasi utilizzo da parte dello stesso.

Del resto, neanche la consapevolezza da parte del prestatore subordinato di essere controllato può ritenersi idonea ad escludere

l'integrazione del divieto.

Intanto perchè il rapporto di lavoro include già in sé una condizione di assoggettamento di una delle parti all'altra, la quale senza dubbio può bastare ad escludere l'eventuale efficacia di un comportamento consenziente del lavoratore.

L'altra motivazione, invece, attiene più all'aspetto psicologico del lavoratore che “sa di essere controllato”, che, appunto per questo, mai potrà svolgere liberamente la propria attività lavorativa.

In entrambi le ipotesi sarà ben realizzabile la violazione del bene protetto dall'articolo 4 e cioè della dignità e riservatezza del dipendente.

Simile ragionamento, però, non si può dire essere condiviso anche in altri paesi, come ad esempio negli Stati Uniti, in cui la tutela della riservatezza è condizionata ad una “ragionevole aspettativa di privacy”, ovvero una sorta di standard generale da cui dipende l'azionabilità del diritto, ma poiché “la prestazione di lavoro è necessariamente destinata ad essere esaminata da altri”, raramente potrà affermarsi l'esistenza della ragionevole aspettativa e agire in nome di essa.

Non sono da ritenersi sufficienti ad escludere l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 4 neppure il carattere “saltuario”, o comunque non continuativo dell'osservazione, in quanto non espressamente richiamato nella disposizione, né la circostanza secondo cui l'attivazione del sistema di controllo dipenda da un comportamento attivo del dipendente, poiché anche in questo caso esso rimane comunque il destinatario finale del meccanismo di vigilanza, né infine può influire su di essa il luogo in cui il controllo viene posto in essere, infatti proprio il termine “a distanza” sembra predisporre un esteso catalogo di aree adibite a tale funzione.

Anche la giurisprudenza sembra allinearsi alle tesi dottrinarie in merito

alla definizione di controllo a distanza.

Così infatti Cass., 6 marzo 1986, n. 1490, Soc. Italcementi c. Filcea: “Il divieto posto dall'art. 4, l. 20 maggio 1970 n. 300 per il datore di lavoro di far uso di impianti audiovisivi, e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori non è esclusa né dalla circostanza che tali apparecchiature siano state solo installate, ma non siano ancora funzionanti, né dall'eventuale preavviso dato ai lavoratori i quali, quindi, siano avvertiti del controllo suddetto, né infine dal fatto che tale controllo sia destinato ad essere discontinuo, perché esercitato in locali dove i lavoratori possono trovarsi solo saltuariamente (nella specie il datore di lavoro aveva installato alcuni impianti audiovisivi destinati al controllo dell'uso e della conservazione dei cartellini segna-orario sistemati in apposite custodie all'ingresso dello stabilimento)”¹¹.

È da notare come nella sentenza citata la Cassazione intenda sottolineare come sia da considerarsi illegittima non tanto l'installazione in sé di impianti atti ad una funzione di controllo, quanto la predisposizione di apparecchi astrattamente idonei a tale finalità, poiché strutturalmente funzionali ad essa.

Argomento alquanto interessante dato che sancisce un criterio oggettivo di individuazione dei macchinari “a rischio”, ovvero idonei ad integrare la fattispecie dell'art. 4 dello Statuto, sulla base di una loro capacità intrinseca alla vigilanza sui prestatori di un'attività lavorativa e non quindi su un'ipotizzabile intenzionalità del datore di porre in essere concretamente tale controllo.

Inoltre, nondimeno, tende ad escludere, come già rilevato in dottrina, che un eventuale preavviso e quindi una messa a conoscenza dei lavoratori dell'attività posta in essere dal datore di lavoro, o ancora il fatto che detta osservazione venga effettuata in modo non continuativo

¹¹ In Notiziario giurisprudenza lav., 1986, 155; Arch. Civ., 1986, 616; Lav. 80, 1986, 758; Mass. Giur. Lav., 1986, 498,; Orient. Giur. Lav., 1986, 919.

e incostante (poiché svolta solo in determinati locali dell'azienda), possa far sì che le fattispecie qui “imputate” siano da considerarsi esonerate dal divieto affermato nella norma analizzata.

È da evidenziare come la giurisprudenza abbia poi svolto un ruolo fondamentale nella precisa e definita delineazione del concetto di “controlli a distanza”, infatti numerose e sempre più frequenti sono state le sentenze volte ad imprimere connotazioni che privassero sempre di più la locuzione qui analizzata di labili margini di interpretazione.

Passiamo a ricordare decisioni giurisprudenziali in cui si è riconosciuta l'integrazione degli estremi di un'apparecchiatura vietata per il controllo a distanza sull'attività dei lavoratori da parte dei casi posti, di volta in volta, sotto l'esame della giurisprudenza.

Così si è ricondotta alla fattispecie dell'art. 4 l'installazione al centro del salone di lavorazione di un prefabbricato rialzato con pareti di vetro destinato ad ufficio del capofficina, anche se a tale scopo non espressamente adibito, ancora è stato ritenuto illegittimo l'impiego di sistemi di monitoraggio posizionati sui macchinari di lavoro per controllare la rendita finale dell'attività del singolo dipendente, infine, tra le prime fattispecie ad essere individuate, l'installazione di telecamere sul posto di lavoro funzionanti che riprendano il lavoratore durante il momento esplicativo del proprio compito.

Sulla base dell'impostazione dell'art. 4 dello Statuto, è possibile affermare adesso con una certa sicurezza che rientrano senza riserve nella nozione di “controllo a distanza” casi giurisprudenziali quali in via esemplificativa:

- L'installazione di un sistema elettronico, cosiddetto scanner, che in un supermercato consente la memorizzazione e la successiva verifica dell'insieme dei dati relativi all'attività di

ogni singola cassa ¹².

- L'installazione di un centralino telefonico automatico in grado di registrare e riprodurre su tabulati la data, il tempo, il destinatario ed il numero chiamante per ogni singola telefonata ¹³.
- L'installazione nell'utenza telefonica usata dal lavoratore, nell'esercizio delle sue mansioni lavorative, di un impianto di intercettazione ed ascolto delle conversazioni ¹⁴.

1.5 Breve riflessione sulle problematiche di utilizzo delle centraline telefoniche elettroniche

A proposito del secondo punto, si potrebbe accennare al fatto che all'interno della realtà aziendale sembra essere sempre più frequente l'installazione delle cosiddette centraline telefoniche “computerizzate” che registrano la durata della telefonata, del numero interno chiamante, del numero esterno chiamato, del giorno e dell'ora in cui è avvenuta la conversazione e che sono munite di una speciale funzione detta “intrusione”, grazie alla quale è reso possibile che un terzo possa “intercettare” le altrui comunicazioni telefoniche.

L'utilizzazione di queste apparecchiature trova la propria giustificazione nell'esigenza del datore di lavoro di accertare l'effettuazione da parte dei dipendenti, con apparecchi telefonici aziendali, di telefonate urbane e/o interurbane per motivi privati.

Comportamento che, senza dubbio, in mancanza di una specifica autorizzazione o di una prassi in tal senso, costituisce un illecito contrattuale da parte del prestatore di lavoro.

Proprio a causa di questa loro “polifunzionalità” nell'utilizzo, si pongono problemi in merito alla lesione dei diritti alla dignità e riservatezza del lavoratore-persona.

¹² Pret. Firenze, 20 marzo 1990, in Toscana Lavoro giur., 1990, 305.

¹³ Pret. Milano, 4 ottobre 1988, in Lavoro 80, 1989, 298.

¹⁴ Pret. Camerino, 24 gennaio 1992, in Dir. Lav. Marche, 1992, 326.

Riguardo alla funzione che permette l'addebito delle spese delle telefonate ad uso privato, è ovvio che tale controllo comporta la necessità di computare tutte le telefonate effettuate e ciò, soprattutto se il telefono rappresenta uno strumento di lavoro (e vi è quindi una fusione tra telefonate a fini lavorativi e per motivi personali) è parso determinare, fino ad oggi, la possibilità del controllo a distanza di frammenti di attività ricadenti nella sfera di protezione dell'art. 4 St. lav.

D'altra parte, in queste ipotesi ad essere coinvolto non è solo l'art. 4 St. lav.: infatti, grazie alle registrazioni così compiute, sarà possibile ricostruire anche le telefonate personali del dipendente, realizzando un'intromissione nella sfera delle sue relazioni e opinioni personali, e ponendo quindi in essere anche una violazione dell'art. 8 dello Statuto. Vi è stato però chi ha inteso escludere l'applicazione di questa norma, distinguendo tra “mera registrazione dei recapiti telefonici”, che “non sembra costituire un'indagine perchè non consente di per sé alcuna intrusione nella privacy del lavoratore”, e “un'eventuale successiva decodificazione dei numeri telefonici, attuata allo scopo di acquisire elementi sulla vita privata e relazionale del lavoratore”, la quale, invece, “potrebbe configurare il reato di cui all'art. 8”¹⁵.

Di diversa opinione sono, tuttavia, altri autori secondo i quali ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 8 St. Lav.. sarebbe sufficiente essere di fronte ad un'attivazione del datore di lavoro per la raccolta di notizie riguardanti i dipendenti e concernenti i fatti sui quali la norma vieta di indagare.

In questa chiave di lettura, la registrazione dei recapiti telefonici già rappresenta un'indagine tipica a mente della norma, dacchè in tal modo le informazioni sul lavoratore entrano nella disponibilità del datore, mentre l'eventuale decodificazione appartiene ad un momento

¹⁵ Salimbeni, “La nuova realtà”, in Nuove Tecnologie, cit., 157.

successivo, quello della concreta utilizzazione delle notizie raccolte, che resta estraneo alla fattispecie tipica ¹⁶.

Non v'è dubbio, invece, che mediante l'esercizio della funzione cosiddetta di intrusione, qualora essa permetta di ascoltare l'altrui dialogo, venga violata la libertà e la segretezza del contenuto della conversazione telefonica: ciò perchè si invade quella sfera "personalissima" dell'individuo protetta persino dagli artt. 617 e 617 bis c.p.; una sfera spettante al comune cittadino come al lavoratore la cui lesione non può essere di per sé giustificata neanche dallo stato di subordinazione nascente dal rapporto di lavoro ¹⁷.

Nè, del resto, assume rilievo decisivo, per escludere l'integrazione dei reati previsti dalle norme dello Statuto e dal codice penale, il ruolo attivo del lavoratore nell'attivazione del meccanismo di controllo: non persuade cioè l'argomento che il prestatore di lavoro, utilizzando il telefono per un fine extra-aziendale, acconsenta ad un'invasione della propria sfera personale (ex art. 50 c.p.), e quindi fornisca spontaneamente notizie sul proprio conto; di conseguenza, volendo seguire questa tesi, il consenso del dipendente all'ascolto della sua conversazione sussisterebbe quando egli, preavvisato dell'intromissione con una segnalazione acustica, non interrompa immediatamente il dialogo ¹⁸.

A dire il vero, non parrebbe possibile, in un ambito in cui la posizione delle parti non è uguale, risolvere i problemi derivanti dall'introduzione di apparecchiature siffatte secondo un approccio che attribuisca un

16 Cfr. Virgilio, "Rilievi", cit., 120 s.; Leo, "Le disposizioni", cit., 729 s.

17 Cfr. Fezzi, "Relazione" al Convegno: "Il rapporto di lavoro nella società informatica", in Quad. lav. 80, n. 3, 1984, 11; Dell'olio, art. 4 St. lav., cit 488. Secondo Ichino, "Diritto alla riservatezza", 123 s., è vietato al datore di lavoro "di prendere cognizione in qualsiasi modo delle comunicazioni...telefoniche personali del proprio dipendente, anche...quando la conversazione telefonica si svolga per mezzo di un apparecchio di cui è intestatario il datore di lavoro.

18 C. Smuraglia, "Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore (a proposito dell'installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche)", in Riv. Giur. Lav., 1960, I, 312.

ruolo decisivo ad un comportamento del lavoratore nel quale sembrerebbe individuabile una sorta di consenso al controllo datoriale. Consenso che sarebbe ancor meno agevole desumere dal solo uso del telefono aziendale.

In ogni caso, l'atto di disposizione del diritto, in astratto forse lecito, nel contesto in cui si verifica, poiché esalterebbe senza alcuna giustificazione razionale la già notevole supremazia del datore di lavoro, potrebbe essere giudicato contrario all'ordine pubblico ¹⁹.

Ed infine, anche qualora si volesse ammettere la possibilità di un consenso del lavoratore all'utilizzo della funzione di intrusione, e di conseguenza ritenere esclusa l'integrazione del reato di cui all'art. 4 St. Lav., non si potrebbe impedire la violazione dell'art. 617 c.p e 617 bis c.p.: ciò perchè la conversazione intercorre con soggetti esterni all'azienda e sarebbe assai arduo ravvisare da parte di questi una manifestazione del consenso scriminante per il solo fatto che abbiano condotto un dialogo telefonico su una linea non privata al fine di escludere la configurazione del reato (infatti, in questo caso, si dovrebbe dimostrare che è il lavoratore ad operare tale registrazione, tuttavia è indubbio che tale condizione non potrà mai verificarsi in quanto ad essere interessato a prendere conoscenza dell'altrui conversazione è il datore di lavoro e non il lavoratore stesso).

Lasciamo in sospeso adesso la riflessione sulla tematica delle centraline telefoniche elettroniche, per poi riprenderla e meglio specificarla nel corso della riflessione relativa all'argomento dei “controlli difensivi”.

¹⁹ S. Rodotà, “Repertorio di fine secolo”, Laterza, Bari-Roma, 1992 225 ss.

Sul concetto di ordine pubblico cfr. Panza, voce ordine pubblico (teoria generale), in Enc. Giur., vol. XXII, 1990.

1.6 Il referente della condotta vietata; la nozione di attività lavorativa

Indirizzandoci, ora, verso l'esame del secondo quesito, che l'analisi della disposizione ci impone, pare qui necessario definire l'oggetto della condotta vietata, ovvero l'oggetto che, in altre parole, deve obbligatoriamente estraniarsi da qualsiasi dinamica di controllo.

Il testo della norma si riferisce all' "attività lavorativa".

Dunque, entro quali limiti può delinearsi detta attività?

Guardando alla ratio della norma sopra esaminata, appare evidente come tale concetto si atteggi quasi a "porta di ingresso" di un ambito ben più esteso che ingloba non solo il momento di adempimento dell'obbligazione in senso stretto, ma anche qualsiasi altra attività da tale adempimento esorbitante e, perciò, appartenente ad un'area strutturalmente preclusa alla conoscenza del datore di lavoro, in quanto non riconducibile alla cosiddetta subordinazione tecnico-funzionale ²⁰.

In riferimento a quest'ultimo genere si parla di "licenze comportamentali" (tali sarebbero ad esempio le pause nel corso dello svolgimento del lavoro), che individuano appunto un'area estranea al potere di controllo datoriale.

L'interpretazione qui proposta risulta essere avvalorata, tra l'altro, dall'ambito semantico della locuzione e dal collegamento sistematico con l'art. 3 della medesima legge, laddove l'espressione "attività lavorativa" viene intesa, dalla giurisprudenza di legittimità e dalla prevalente dottrina, in un significato meno ampio, come esclusivamente riferibile al comportamento solutorio del dipendente.

Si può accennare, per inciso, al fatto che in dottrina esistono opinioni differenti, ma che non riescono a persuadere, sull'ipotesi per cui il legislatore avrebbe ammesso il controllo a distanza sull'adempimento

²⁰ Liso, "Computer e controllo", cit., 371; Saresella, "L'art. 4 St. lav. E l'impiego di elaboratori elettronici, in Lav. 80, 1986, 340; Leo, "Le disposizioni penali, cit., 692; Cass. Pen., 8 ottobre 1985, in Not. Giur. Lav., 1986, 160

della prestazione qualora avesse avuto la certezza che questo non si sarebbe potuto estendere a sorvegliare gli atteggiamenti del lavoratore estranei alla sfera solutoria, ovvero attinenti alla persona.

Questa parte della dottrina, dunque, proporrebbe di escludere l'operatività dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori nel caso di controlli limitati al momento dell'adempimento ²¹.

La tesi non sembra essere convincente, poiché, in verità, ciò che è stato consacrato in detta disposizione è la diffidenza nei confronti di un'indiscriminata utilizzazione dei prodotti tecnologici, in cui il legislatore ha avvertito la pericolosità per la libertà e la dignità dei lavoratori, insita in una forma di controllo siffatta ²².

Pericolosità già sottolineata, nel 1960, dal noto autore Smuraglia, il quale riferendosi alle prime installazioni di telecamere nelle aziende, scrisse che: “un siffatto controllo su ogni momento dello svolgimento dell'attività lavorativa e magari anche sulle pause del lavoro, non può in alcun modo svolgersi senza una palese compressione della libertà dei prestatori di lavoro e senza una clamorosa violazione della dignità umana.

Una cosa è il controllo del sorvegliante, che interviene, contesta direttamente un'infrazione, dà modo al lavoratore di difendersi, di prospettare le sue ragioni; altra cosa, e ben diversa, è il controllo anonimo, odioso, scostante, spinto fino all'esasperazione, da parte di un meccanismo controllato soltanto dalla direzione aziendale e dai suoi incaricati” ²³.

Questa affermazione ci invita ad aprire una breve parentesi che pare

21 Questa è infatti la tesi sostenuta da De Luca Tamajo, “Presentazione della ricerca”, in *Nuove tecnologie*, cit., 11ss.; Pisani, “I controlli a distanza sui lavoratori”, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1987, 135ss. Cfr. anche D'Antona, “Intervento”, in *Nuove tecnologie*, cit., 207.

22 A. Bellavista, “Il controllo sui lavoratori”, 1995.

23 C. Smuraglia, “Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore (a proposito dell'installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche)”, in *Riv. Giur. Lav.*, 1960, I, 312.

utile a sottolineare e a fare chiarezza su un punto: non sembra indubbiamente di doversi includere nel concetto di “controllo a distanza” l'esplicazione dell'attività di vigilanza nella forma “uomo su uomo” (che il datore può esercitare in modalità diretta o attraverso soggetti espressamente preposti), e ciò sia perchè essi sono espressione del potere dell'imprenditore, ex artt. 2086 e 2104 c.c., di controllare (anche tramite un proprio addetto) il corretto adempimento da parte dei dipendenti degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro, sia perchè essi sono necessariamente effettuati in via diretta, quindi non “a distanza” appunto, non prospettando quindi quel carattere insidioso e fastidioso del controllo che la norma tende ad eliminare dall'ambiente lavorativo ²⁴.

Chiusa la breve, ma indispensabile, digressione e riprendendo le fila del discorso, si può proseguire col dire che ciò sarebbe avvalorato anche da sentenze in cui è la giurisprudenza stessa ad escludere dall'ambito di operatività della disposizione l'installazione di impianti che consentano un controllo da parte del datore di lavoro unicamente indirizzato al funzionamento del sistema aziendale in sé e inidoneo a porre in essere la compressione dei diritti personali sopra accennati (in termini di effettiva funzionalità dello stesso e volto eventualmente a prospettare incrementi di effettività ed efficienza del ciclo produttivo). Così, emblematicamente, nell'ipotesi in cui il datore intenda predisporre apparecchi audiovisivi ad attivazione automatica al di fuori dell'orario di lavoro (una fattispecie proposta fu quella di una concessa autorizzazione alla registrazione delle immagini a condizione che la stessa avvenga automaticamente e che gli apparecchi di registrazione siano racchiusi in armadio con doppia serratura, le cui due chiavi siano una in possesso dell'impresa e l'altra in possesso di persona designata

²⁴ In proposito: Cass. 12 giugno 2002, n. 8388, D&G, 2002, 76; Cass. 2 marzo 2002, n. 3039, q. Riv., 2002, II, 873, nt. Passerini; Cass. 14 luglio 2001, n. 9576, in LG, 2002, 237, nt. Girardi e in RGL, 2002, II, 514 nt. Scilleri; Cass. 3 luglio 2001, n. 8998, NGL, 2002, 35; Cass. 9 giugno 1990, RGL, 1990, II, 453.

dalle rsa).

Da ciò è desumibile che, poiché la vigilanza sul lavoro deve essere mantenuta in una “dimensione umana” e quindi “non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua ed anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro”, allora è del tutto ragionevole la proibizione del ricorso a tutti quei mezzi tecnici di sorveglianza che amplificano il potere aziendale, lo rendono onniveggente, anonimo e invisibile: e perciò enfatizzano i profili di squilibrio, asimmetria, differenza e “disumanità” nel rapporto dello stesso potere con i prestatori di lavoro.

Va detto infatti, che se si ammettesse l'applicazione della norma in esame limitatamente all'attività lavorativa, potrebbe allora essere consentito al datore di controllare, con strumenti tecnici, senza alcun limite, tutte le azioni del lavoratore estranee alla fase di svolgimento del lavoro e di per sé lecite: l'andare al bagno, il modo in cui si trascorrono le pause o si consuma il pasto e così via.

Questo sarebbe un risultato alquanto paradossale.

Diverso e, senza alcun dubbio, lecito si presenta il controllo (anche) a distanza sull'eventuale risultato (specie quando esso si concreta in qualche forma “materiale”) della prestazione lavorativa, in quanto la portata precettiva della norma riguarderebbe solo l'attività e non il frutto della stessa.

Dunque nell'ipotesi in cui si presentino semplici “casi-base” la soluzione sarebbe agevolmente indirizzata da tale assunto.

Possono emergere, però, come sovente accade, che i due oggetti del controllo (attività e risultato) si commistionino all'interno delle potenzialità di monitoraggio della stessa macchina, permettendo quindi in primis ed in via principale una registrazione dei risultati della mansione svolta, ma in via secondaria e come sottoprodotto della

stessa anche un controllo “preterintenzionale” sull'attività.

In questi casi dovrebbe essere ormai assodata l'integrazione e quindi l'applicazione della fattispecie proposta al secondo comma dell'art. 4 St. Lav., di conseguenza l'installazione dell'apparecchiatura sarebbe subordinata all'esperimento della procedura legale.

Rispecchia proprio questa ipotesi l'installazione di un'apparecchiatura che, nel lavoro a cottimo, accerti il numero di pezzi prodotti da ogni dipendente, o che segnali l'esistenza di un prodotto difettoso e individui il prestatore al quale sia imputabile la cattiva esecuzione del lavoro: qui in effetti v'è il rischio che il controllo, il quale dovrebbe esclusivamente servire al fine di determinare l'importo della retribuzione, possa permettere di accertare come è stata svolta la prestazione, ovvero come il lavoratore si sia comportato nel corso della sua esecuzione, e allora si tratta di evitare questo pericolo.

1.7 Strumenti di rilevazione degli orari di ingresso e di uscita: tornelli e badges

Certamente privo di effetti lesivi, invece, da questo punto di vista, sembrerebbe l'utilizzo di particolari strumenti di rilevazione degli orari di entrata e di uscita all'interno dell'azienda, i cosiddetti “tornelli”, per i quali la giurisprudenza prevalente è solita affermare la mancata integrazione della fattispecie vietata dalla disposizione statutaria (che riguarda i contenuti dell'attività lavorativa dei dipendenti, cioè modalità di esplicazione, intensità del lavoro ecc.), poiché non pare che possano presentare alcuna capacità ambivalente di registrazione di dati attinenti all'attività svolta dal lavoratore, ma al più una funzione di memorizzazione di ingressi e uscite ai fini di un calcolo preciso della retribuzione delle ore effettivamente consumate durante la prestazione di lavoro ²⁵.

Maggiormente controversa, invece, parrebbe l'utilizzazione di un altro

²⁵ P. Torino, 23 gennaio 1992, Snater c. Rai-Tv, in Giur. Piemontese, 1992, 506.

sistema di rilevazione di presenze e registrazione di entrate e uscite.

Si intende parlare qui di un meccanismo probabilmente, sì, più complesso del precedente, ma di fatto, a ben guardare, fondamentalmente assimilabile al meccanismo dei tornelli in termini di causa essendi e di ampiezza del controllo tramite esso effettuabile: i più moderni badges (conosciuti anche come cartellini magnetici), posti agli ingressi delle unità produttive.

Parte della giurisprudenza, infatti, sembra cogliere soltanto il loro aspetto di “monitoraggio” e registrazione, se così è lecito esprimersi a riguardo, e cioè, escludendo un'eminente finalità di controllo vessatorio sul lavoratore, un mero scopo di registrazione dei dati temporali necessari per la gestione aziendale e la remunerazione della prestazione (orari di accesso e uscita, rilevazione degli straordinari, evidenziazione della presenza a mensa in correlazione con gli intervalli contrattuali e nel rispetto degli eventuali turni aziendali stabiliti, rilevazione della presenza in assemblea ai soli fini del computo delle ore di fatto utilizzate nell'ambito) del sottoposto, prestatore di un'opera nei confronti ed a vantaggio del proprio creditore-datore di lavoro e, quindi, in termini di misurazione quantistica del compito svolto, che non sconfina in un'area di valutazione qualitativa, o nel merito, dell'attività posta in essere dal dipendente ²⁶.

Altri, d'altra parte, e forse anche sulla scia di garantismo che si è sempre più accentuata nel corso degli anni nei confronti della parte, non a torto, ritenuta “debole” all'interno del rapporto lavorativo, ma non per questo sempre ed in ogni luogo legittimamente collocata dalla parte maggiormente pendente del piatto della bilancia della “giustizia” tra le due parti e interessi in gioco, hanno individuato nello strumento in esame potenzialità lesive della persona del lavoratore.

Si è ritenuto, a questo proposito, che dette apparecchiature, in quanto

²⁶ Vedi T. Milano, 26 marzo 1994, Soc. Sirti c. Faccini, in Orient. Giur. Lav., 1994.

capaci di registrare informazioni sugli orari di entrata e uscita dal luogo di lavoro e, talvolta, anche l'identità di colui che effettua tali spostamenti, se incrociate con altri dati legittimamente raccolti, consentano un controllo sulla durata della prestazione di lavoro dei dipendenti, dunque, proprio per tale motivo, idonee a consentire, in combinazione con altri strumenti, un controllo a distanza sull'attività lavorativa di essi.

Ciò ovviamente può avvenire se si effettua una lettura ampia del concetto di “apparecchiature per finalità di controllo a distanza”, capace di comprendere anche strumenti idonei a controllare l'attività del lavoratore solo se combinati con altri ²⁷.

Ora, l'adesione all'una o all'altra tesi e quindi la diversa valutazione della natura di tali meccanismi, non rimane affatto nell'astrattezza delle speculazioni dottrinarie, ma, bensì, comporta differenti risvolti pratici di non poco conto.

Infatti, concordando con la prima corrente teorica in tal materia, detti strumenti di rilevazione-marcatura degli orari sarebbero da considerarsi totalmente estranei alla fattispecie del divieto assoluto della norma sui “controlli a distanza”, dunque perfettamente inidonei ad integrare la fattispecie in esame e di conseguenza non obbligatoriamente sottoposti a tale divieto di installazione ²⁸.

Sulla base dell'altra tesi analizzata, invece, adottata anche dalla giurisprudenza della Cassazione nella risoluzione di alcuni casi pratici, si dovrebbe giungere, com'è avvenuto, a dichiarare l'illegittimità dell'installazione di questi sistemi effettuata in assenza di un preventivo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, che ne attribuisca validità conformemente all'imposizione dell'esperimento

27 Maria Luisa, ricercatrice di diritto del lavoro nell'università di Firenze, “É davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori?”, in Riv. it. Dir. Lav., fasc. 3, 2008, pag. 718.

28 In senso conforme: T. Napoli, 23 settembre 2010, C. F. Soc. Grandi Stazioni, Mass. Red.; Riv. it. Dir. Lav., 2011, II, 31, n. Fusco.

della procedura legale fissata, al verificarsi delle condizioni stabilite al secondo comma dell'art. 4 dello Statuto²⁹.

Lasciandoci ora alle spalle questa digressione sulle due tipologie di rilevazione delle ore lavorative, passiamo adesso ad analizzare l'ultima problematica che si potrebbe porre all'interprete nell'opera di distinzione tra il controllo sull'attività e il controllo sul risultato dell'opera del lavoratore.

Possono, infatti, sussistere forme di lavoro in cui il risultato si presenta inscindibilmente connesso con l'attività del lavoratore, e cioè un risultato in cui l'incorporazione di frammenti dell'attività sia essenziale per il suo prodursi: come nel caso del collaudatore, dove non si otterrebbe il risultato se non si controllassero tutte le fasi di svolgimento dell'attività solutoria.

Secondo un'opinione, nell'ipotesi de qua la frazione dell'attività lavorativa incorporata nel risultato perde tale connotazione “per divenire essa stessa il risultato della prestazione, sul quale, pertanto, il controllo del datore di lavoro non incontra i limiti imposti dall'art.4”³⁰.

Sembra, invece, più plausibile ritenere che il frammento dell'attività del lavoratore, incorporato anche inscindibilmente nel risultato, non muta la sua natura, perchè resta sempre possibile, in concreto, distinguere le modalità di esecuzione della prestazione dal suo risultato; come nell'attività di collaudo.

Comunque, ciò non toglie che la violazione della disciplina del primo comma dell'art. 4 possa essere esclusa, in quanto l'essenzialità del controllo sull'attività solutoria ai fini della produzione del risultato determinerebbe l'assenza di qualsiasi connotato lesivo nel controllo esercitato, e perciò tale fatto non sarebbe conforme alla fattispecie tipica.

29 Vedi T. Napoli, 29 settembre 2010, C. F. Soc. Grandi Stazioni, Mass. Red.; Riv. it. Dir. Lav., 2011, II, 31, n. Fusco.

30 Pisani, “I controlli”, cit., 154.

In effetti, si è qui di fronte a forme di lavoro subordinato la cui caratteristica peculiare è rappresentata dalla necessaria sottoposizione del prestatore al controllo del datore nel momento d'esecuzione della prestazione.

Pertanto, il controllo sull'attività è consentito solo quando si presenta così inscindibilmente connesso con il risultato produttivo a tal punto che si possa ottenere quest'ultimo soltanto ammettendo il controllo sui frammenti del comportamento del lavoratore ad esso collegati.

Però, il datore di lavoro potrebbe approfittare della breccia così aperta e sorvegliare aspetti dell'attività solutoria del dipendente non influenti per la realizzazione del risultato o anche fino alle sue "licenze comportamentali".

Di conseguenza, per impedire che questo rischio si concreti, dovrà essere esperita la procedura di cui al secondo comma dell'art. 4.

In altre parole, la ragione organizzativa o produttiva che giustifica l'installazione è proprio quella di controllare l'attività solutoria del dipendente; tuttavia, il divieto di controllo a distanza, di cui al primo comma, non opera esclusivamente nei riguardi di quelle frazioni di attività essenziali per il raggiungimento del risultato produttivo oppure per la corretta esecuzione della prestazione, mentre mantiene inalterato il suo vigore nei confronti di tutte le altre.

Ora, è possibile comprendere come la norma statutaria, ammettendo un controllo sul risultato della prestazione, abbia inteso precludere al datore di appropriarsi, utilizzando apparecchiature, di informazioni su tutti gli atteggiamenti del dipendente sul luogo di lavoro ³¹.

Ad una riflessione più approfondita, però, si può notare fin da subito come l'oggetto tutelato dal divieto di controlli a distanza durante l'espletamento dell'attività lavorativa e nel caso in cui il controllo

31 Cfr., in questo senso, Ghezzi, "Computer e controllo dei lavoratori", in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 1986, 360; Zanelli, "Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro, in Dir. Inf., 1988, 757; Ichino, "Diritto alla riservatezza", cit., 67 ss.

giunga ad incidere sulle “licenze comportamentali” , non possa essere il medesimo.

Infatti, in ordine al divieto riguardante l'attività solutoria, l'oggetto della tutela non sembra possa necessariamente individuarsi nella riservatezza del prestatore di lavoro, poiché in realtà l'ordinamento ne consente la lesione qualora il controllo non sia a distanza, ma “a vista” (come da art. 3 della stessa legge), o svolto mediante osservazione diretta dal datore di lavoro e dai suoi collaboratori ex art. 2104 c.c.

La legge qui ha inteso, quindi, vietare una forma di controllo giudicata sostanzialmente scorretta, cioè non conforme alle direttive provenienti dagli artt. 1175 e 1375 c.c., in quanto suscettibile di dilatare in modo abnorme i già vasti poteri dell'imprenditore, e di ledere soprattutto la dignità del soggetto tutelato: ciò che viene in rilievo è in effetti quell'aspetto della dignità del lavoratore che si concreta nell'interesse alla predisposizione di un ambiente di lavoro a misura d'uomo, caratterizzato dallo svolgersi in modo non subdolo del controllo datoriale ³².

Diverso, invece, è l'approccio nei confronti delle cosiddette “licenze comportamentali”, a garanzia delle quali è posto un divieto assoluto di controllo.

Ne consegue che l'art. 4 protegge specificamente, nell'ambito del lato concetto di dignità, anche il diritto alla riservatezza del dipendente: il diritto di quest'ultimo ad uno spazio riservato, anche all'interno del luogo di lavoro, dove sia resa possibile la libera estrinsecazione della personalità, necessaria per il mantenimento del proprio equilibrio psichico, senza che sia consentita l'ingerenza di estranei ³³.

Comunque queste due forme di tutela, e quindi anche di vigilanza, pur rimanendo sempre concettualmente distinguibili, possono talvolta

³² Zanelli, “Innovazione”, cit., 757.

³³ Liso, “Computer e controllo”, cit., 369 ss.; Ichino, “Diritto alla riservatezza”, cit., 121.

anche sovrapporsi.

L'interesse dell'imprenditore al controllo della prestazione da parte del proprio dipendente, si spinge anche nei riguardi dei vari spostamenti che il lavoratore compie all'interno del luogo di lavoro.

Questo tipo di interesse spesso viene soddisfatto, nella pratica, mediante l'uso di strumenti tecnologici detti badges (di cui si è già in parte parlato), i quali permettono l'individuazione del lavoratore, mediante l'attribuzione al sorvegliato, ai fini del loro funzionamento, di un codice d'identificazione che consente l'accesso allo strumento.

Si tratta, in particolare, di tesserini magnetici, o perforati che, una volta introdotti in un apposito lettore collegato ad un computer, consentono l'esperimento di una pluralità di funzioni come l'accesso alla mensa, alla macchina lavorativa, al telefono, o ad alcune aree aziendali segregate dalla direzione.

Ai fini di un controllo sugli spostamenti che il lavoratore compie, sarà sufficiente collocare “porte” governate elettronicamente in determinate aree dell'azienda e ammettere l'accesso solo dopo l'inserimento del badge nell'apposito lettore, che attua il riconoscimento personale del dipendente.

Grazie all'elaborazione operata dal sistema informatico diventa anche possibile accertare in qualsiasi momento dove si trovi il dipendente e, alla fine della giornata lavorativa o in un momento successivo, ricostruire la maggior parte dei suoi spostamenti; ciò, ovviamente, se avviene in modo diffuso presenta il rischio dell'eliminazione di qualsiasi momento di libertà all'interno del luogo di lavoro.

Occorre però, ad onor del vero, affermare che l'ipotesi nella prassi più frequente di utilizzo del meccanismo sopra richiamato, è costituita dalla registrazione personalizzata degli ingressi e delle uscite dal luogo di esercizio della prestazione all'inizio e al termine dell'orario di lavoro.

Tale prassi, tuttavia, essendo assimilabile, mediante una valutazione in termini di progresso tecnologico, al tradizionale sistema di timbratura del “cartellino” segna-orario, non sembra presentare profili di illegittimità, in quanto la liceità della suo antenato più arcaico, mirante allo stesso modo al perseguimento dei medesimi scopi, non sembra mai essere stata posta in dubbio dalla giurisprudenza, escludendo così di conseguenza la violazione dell'art. 4 Stat. lav..

Riconoscimento, questo, effettuato mediante una comparazione, giudicata qualitativamente uguale, al controllo del capo ufficio davanti al quale si trovano a passare i lavoratori.

Dunque non pare sussistere un pericolo per i beni tutelati dalla norma in questione e quindi nemmeno l'integrazione della fattispecie definita dalla stessa.

In merito all'utilizzo dei badges al fine dell'osservazione degli spostamenti interni, durante l'orario di svolgimento della prestazione, occorre specificare che, qualora l'accertamento fosse diretto verso il controllo dell'adempimento dell'obbligazione del lavoratore, è ovvio che verrebbe violato il primo comma dell'art. 4, poiché si tratterebbe proprio di controllo intenzionale e quindi assolutamente vietato³⁴.

La rilevazione degli spostamenti può tuttavia essere giustificata da esigenze organizzative, produttive, o di sicurezza del lavoro; ciononostante dall'uso del sistema potrebbe sempre derivare la possibilità del controllo del dipendente.

In questa situazione, allora, potrà sicuramente operare il disposto del secondo comma dell'art. 4.

Ove invece si impongano specifiche esigenze di impedire un indiscriminato accesso ad aree aziendali particolarmente riservate potrebbero essere soddisfatte ugualmente anche eliminando la facoltà di identificazione personale e, quindi, di controllo a distanza.

³⁴ Miani Canevari, “Il controllo”, cit., 20.

Ciò si potrebbe ottenere munendo tutti i dipendenti aventi la stessa “latitudine” di accesso, di badges dotati dello stesso codice.

Il computer, una volta verificato che il codice corrisponde a quello autorizzato, aprirebbe le porte automatiche, ma non sarebbe in grado di distinguere chi accede.

1.8 L'interpretazione estensiva della norma; a proposito del richiamo ad “altre apparecchiature”

Tornando alla lettura pedissequa della norma in analisi, ci si imbatte nel concetto e nella relativa esegesi di “altre apparecchiature”, verso le quali si estende il divieto di controllo primariamente indirizzato verso gli “impianti audiovisivi”.

Pare necessario, qui, soltanto ribadire la non condivisibilità della tesi che nega l'autonoma valenza di tale espressione, modellando la fattispecie vietata sul controllo a mezzo di impianti audiovisivi e perciò ritenendo che quando un'apparecchiatura non presenti le stesse caratteristiche di quest'ultimi, cioè quella di consentire una “fotografia”, vale a dire una conoscenza diretta del comportamento del controllato, verrebbe meno l'applicabilità dell'art. 4³⁵.

Tale conclusione è infatti il frutto di un'aprioristica definizione del controllo a distanza, costruita sulla base della sorveglianza effettuata tramite gli impianti audiovisivi, tralasciando di considerare che la legge non si riferisce solo ad essi, poiché tende ad assicurare una tutela molto ampia ai beni rientranti nella sfera protettiva della disposizione.

Questa tesi, infatti, si soffermerebbe solo sulle manifestazioni esteriori del controllo mediante impianti audiovisivi, trascurando di cogliere la complessiva portata della norma e perciò lo scopo da essa perseguito.

Per tal motivo, non può considerarsi idonea a scalzare la tesi che, invece, connota la disposizione di un così ampio respiro tale da

³⁵ A. Vallebona, “Intervento”, in Nuove tecnologie, cit., 213; Pera, “Innovazioni tecnologiche e Statuto dei lavoratori”, in Quadd. Riv. It. Dir. Lav., 1989, 7-9.

rinvenire nella locuzione “altre apparecchiature” una figura elastica in continuo adattamento ai vari strumenti che il progresso tecnologico giunge ad elaborare ai fini del controllo a distanza.

Essa consente dunque di ricondurre all'interno della fattispecie legale i controlli effettuati attraverso i più disparati prodotti dell'avanzamento tecnologico, poiché pone, come si è detto, come unico criterio selettivo delle tecnologie interessate dal divieto imposto dall'art. 4 esclusivamente la potenzialità propria dello strumento di ledere il bene protetto dalla disposizione.

Dunque anche i più complessi software possono ben ricomprendersi nell'ambito applicativo del divieto in questione.

Strumentazioni che, si è già osservato, permettono, tra l'altro, una sorveglianza più continua, impersonale, penetrante e oppressiva di quella consentita dai tradizionali impianti audiovisivi, e quindi assai più lesive della libertà e dignità del lavoratore.

Ancora, di fronte all'eventuale obiezione che la formula di chiusura “altre apparecchiature”, a causa della sua genericità, potrebbe costituire lo spunto per operazioni ermeneutiche non rispettose del divieto di analogia in materia penale, si potrebbe semplicemente ribattere e osservare che, tutt'al più, tale lettura del termine qui utilizzato potrebbe portare ad un'esegesi in chiave estensiva della norma in questione ai fini di un maggior garantismo nei confronti dei soggetti destinatari. Null'altro.

Ulteriori, ma prevalentemente privi di seguito, interrogativi sono stati mossi all'interpretazione qui condivisa; ad esempio vi fu chi mostrò dubbi sulla rientrabilità del software nella nozione di “altre apparecchiature”, a causa del suo carattere prettamente “immateriale”, ma pare ragionevole ritenere che lo stesso concetto di apparecchiatura è così ampio che difficilmente potrebbe essere ristretto a contenere solo beni “materiali” e non quelli “immateriali”, che per giunta

costituiscono oggetto di altri e importanti provvedimenti normativi.

Non pare accettabile neppure la tesi secondo cui la norma “nel vietare l'uso di strumenti per fini di controlli a distanza, fa riferimento ad apparecchiature tali da poter essere eliminate senza che lo svolgimento della prestazione di lavoro ne rimanga pregiudicato”³⁶, se infatti fosse accolta tale visione, la norma sarebbe inapplicabile nella nuova realtà tecnologica dove lo strumento di lavoro svolge anche una funzione di controllo; come appunto il già più volte citato software contenuto nel computer che viene utilizzato da un addetto al videoterminale.

La circostanza che l'art. 4 parli di “impianti e apparecchiature di controllo” non depone affatto a favore della lettura qui criticata, ma richiede soltanto che impianti e apparecchiature, per poter rientrare nell'ambito di applicabilità della norma della disposizione, debbano necessariamente svolgere una funzione di controllo.

Per dirla diversamente, la locuzione non contiene alcun riferimento al fatto che l'apparecchiatura di controllo possa essere o meno lo stesso strumento di lavoro.

E, per giunta, tale opinione è in contrasto con la ratio della tutela, in quanto farebbe dipendere l'integrazione della fattispecie da una situazione eventuale, quale quella della concreta articolazione della struttura organizzativa e non dall'effettiva pericolosità dell'apparecchiatura.

Coerentemente, infatti, con la ratio del divieto, il concetto di apparecchiature presuppone l'uso di un mezzo senza il quale il controllo a distanza non potrebbe svolgersi³⁷; e tale criterio distintivo permette di segnare compiutamente il confine tra sorveglianza umana e tecnologica.

³⁶ Romei, “Il dibattito dottrinale sull'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, in *Nuove tecnologie*, cit., 131; Usai, “Osservazioni”, cit., 263; Padovani, “Il controllo”, cit., 253 ss.

³⁷ Cataudella, voce “Dignità”, cit., 3; contra, Pret. Roma, 27 settembre 1973, in *Foro it.*, 1973, II, 346; Trib. Roma, 10 luglio 1974, in *Foro it.*, 1975, II, 26.

1.9 Ratio del secondo comma dell'art. 4

Sembra ora il caso di chiarire la ragione della deroga, definita al secondo comma, al divieto assoluto di controllo a distanza posto dal primo.

La norma in analisi, infatti, da un lato, vieta in modo assoluto il cosiddetto “controllo intenzionale”: ovvero l'uso originariamente preordinato di qualsiasi strumentazione al fine di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Dall'altro, è invece tollerato un “controllo preterintenzionale”: vale a dire un sottoprodotto non voluto, una conseguenza meramente accidentale dell'utilizzazione di apparecchiature richieste da esigenze sovraordinate e valutate di primaria importanza per la funzionalità dell'apparato produttivo.

È necessario riaffermare ulteriormente l'argomento sopra sviluppato circa la negazione di qualsiasi connotazione soggettiva di detta “preterintenzionalità”, che certamente pare invece riferirsi alla potenzialità di effettuare un controllo come sviluppo accidentale e non primario propria dei caratteri strutturali della macchina ³⁸.

Di conseguenza, una volta installati impianti ricadenti nell'ambito del secondo comma, le rilevazioni così compiute sono utilizzabili solo in coerenza con le legittime finalità dell'impiego di tali mezzi: cioè, al fine di soddisfare esigenze organizzative, produttive e di sicurezza del lavoro ³⁹.

Inoltre, dall'assolutezza del divieto deriva che sia da ritenersi irrilevante il fatto che il perseguimento del fine vietato sia esclusivo, prevalente, oppure concorra con altri scopi leciti di cui al secondo comma dell'articolo in esame, perchè in ogni caso ciò “equivarrebbe ad

³⁸ Leo, “Le disposizioni”.

³⁹ Cfr. Duranti, “Impiego dei mezzi audiovisivi e Statuto dei lavoratori”, in Mass. Giur. Lav., 1972, 146; Romagnoli, “Sub art. 4”, in Statuto, cit., 19; Pret. Milano, 12 maggio 1972, in Foro it., 1972, I, 2706; Isp. Lav. Alessandria, 16 aprile 1977, in Orient. Giur. Lav., 1977, 413.

assumere fra gli scopi dell'impianto anche la finalità di controllo, realizzandosi così un atto penalmente illecito”⁴⁰.

Tutto ciò significa che sussiste in capo al dipendente un vero e proprio diritto soggettivo a non essere controllato a distanza⁴¹.

Solo in base a detta prospettiva è possibile attenuare il timore che, tramite la deroga al secondo comma, l'apparecchiatura possa essere utilizzata al fine del controllo a distanza; timore, infatti, proposto da un autore⁴², proprio a seguito di una lettura “pessimistica” dell'enunciato, che lo induce a ritenere ingiustificata, in relazione al secondo comma dell'art. 41 Cost. (sulla base del quale, l'iniziativa economica privata “non può svolgersi...in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”), la compressione della sfera di dignità del lavoratore in favore delle esigenze organizzative e produttive di cui al secondo comma dell'art. 4, portandolo a concludere per l'incostituzionalità della norma.

D'altronde, ciò non toglie ovviamente che questo diritto perfetto possa essere sottoposto a limiti: in alcuni casi infatti, come già in parte rilevato sopra, il diritto del dipendente potrà e dovrà essere

40 Duranti, “Impiego”, cit., 146; così anche Leo, “Le disposizioni”, cit., 695 e 697. L'Ispettorato del lavoro di Alessandria, 16 aprile 1977, cit., ha consentito l'installazione di un impianto basato sull'uso di badges individuali richiesto da esigenze organizzative e produttive; ma, per evitare che venissero controllati a distanza i lavoratori, ha disposto che non potessero essere assunti a base di provvedimenti disciplinari i fatti, rilevati per mezzo dell'impianto, che riguardassero l'attività dei lavoratori, nonché quelli diversi dalla semplice osservanza dell'orario di lavoro: e quindi era possibile raccogliere solo i dati riferiti all'ora di inizio e sospensione del lavoro e alla durata degli intervalli di riposo.

Per Ichino, “Diritto alla riservatezza”, cit., 74, “l'utilizzazione, anche casuale, dell'impianto per finalità di controllo dei lavoratori deve considerarsi sempre illegittima”.
E Tribunale Milano, 7 luglio 1977, in *Orient. Giur. Lav.*, 1977, 718, considera lecito il rifiuto dei lavoratori (come strumento di autodifesa) di consegnare al datore i congegni che, avendo registrata l'attività da essi svolta, ne permettono il controllo a distanza.

41 Duranti, “Impiego”, cit., 147; Leo, “Le disposizioni”, cit., 691, 695 e 697; cfr. anche Treu, “Intervento”, in *I poteri dell'imprenditore*, Atti del IV Congresso AID.-LASS, cit., 213; e Cataudella, voce Dignità, 4.

42 Romagnoli, “Sub art. 4”, cit., 19.

contemperato con alcune particolari necessità del datore a svolgere determinati controlli.

È importante però precisare che, contrariamente a quanto credono alcuni, la sussistenza delle condizioni di cui al secondo comma dell'articolo non rende di per sé legittimo alcun tipo di controllo ⁴³: tale presenza consente la sola installazione da cui può anche scaturire la possibilità del controllo, ma non esclude il divieto d'uso a fini di controllo di cui al primo comma.

Perciò, di fronte alle esigenze di cui al secondo comma dell'art. 4 non viene meno il diritto del lavoratore, ma solo quella modalità avanzata di tutela che è costituita dal divieto di installazione ⁴⁴.

Ora, però, una sorveglianza diretta sul lavoratore, non è sempre e inderogabilmente proibita, essa infatti ben potrà essere posta in essere unicamente nel caso in cui il controllo, giustificato da pregnanti ragioni aziendali, non metta in pericolo i beni protetti dalla disposizione: cioè quando si tratta di forme di controllo che, non ledendo i beni protetti dalla norma, non corrispondono alla fattispecie tipica descritta nell'art. 4 Stat. lav.

Quindi, prendendo in considerazione anche questi casi peculiari, si potrebbe perfezionare la formula precedente parlando di diritto del lavoratore a non essere controllato a distanza al di fuori delle ipotesi in cui il controllo è ammesso da una coerente interpretazione della legge⁴⁵.

È da considerare poi, ulteriormente, che il reato deve ritenersi integrato dalla sola installazione di meccanismi di controllo senza il rispetto della procedura di cui alla legge, indipendentemente dal loro utilizzo ⁴⁶.

43 In questa prospettiva, Cataudella, voce "Dignità", cit., 4; Id., "Sub art. 4", cit., 81; Pera, "Sub art. 4", cit., 28.

44 A. Bellavista, "Il controllo sui lavoratori", 1995.

45 Cataudella, voce "Dignità", cit., 4.

46 In questo senso, Pret. Milano, 26 gennaio 1978, cit.; Trib. Genova, 1 ottobre 1983, in Dir. Lav., 1984, II, 454, che conferma, ma con differente motivazione, Pret. Genova 3 ottobre 1982, cit.; Pret. Milano, 5 dicembre 1984, in Lav. 80,

Infatti, argomentando a contrario dal secondo comma, è possibile constatare che la norma vieta l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo al di fuori delle condizioni legittimanti ivi previste; e così “la causa di liceità, espressamente formulata, presuppone come sfondo l'illiceità di principio della condotta cui è riferita (appunto, l'installazione) senza ulteriori distinzioni, anzi a maggior ragione ricomprendendo nel generale divieto la installazione di quelle apparecchiature che in nessun caso (non corrispondendo a funzioni organizzative, ecc.) potrebbero rientrare in accordi con le rappresentanze sindacali o essere consentite dall'Ispettorato”⁴⁷.

Non è sicuramente neanche necessario, perchè si rientri nella fattispecie vietata, che il controllo sia attuale: la ratio del divieto impone che venga colpita non solo l'attualità del controllo, ma la sua semplice potenzialità.

Da ciò dunque si può affermare che la differenziazione tra astratta idoneità al controllo e concreta esistenza dello stesso è dunque da rifiutare, anche perchè l'art. 4 non distingue tra atto e potenza, bensì solo tra intenzionalità e preterintenzionalità⁴⁸.

Di conseguenza assume rilievo anche il controllo che si presenti come mera possibilità purchè, naturalmente, tale circostanza sia di fatto realizzabile.

Dunque, ricapitolando, l'installazione di macchinari dai quali possa potenzialmente discendere un controllo “collaterale” sull'attività lavorativa da parte del datore, deve ritenersi tollerato dalla

1985, 50 ss. Contra, Pret. Grosseto, 8 gennaio 1976, in Giur. Mer., 1978, I, 592.

47 Pulitanò, “Problemi di imputazione soggettiva e art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, in Foro it., 1985, II, 297; concorde è Focareta, “Il controllo informatico della prestazione di lavoro”, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1986, 558. Contra, nel senso che il reato è solo integrato dall'uso, La Cute, “Manuale del diritto penale del lavoro”, Jovene, Napoli, 1983, 115; Dell'olio, “Art. 4 St. lav. Ed elaboratori elettronici”, in Dir. Lav., 1986, I, 489.

48 Zanelli, “Innovazione”, cit., 298; Ghezzi, “Computer e controllo”, cit., 363. Così Pret. Milano, 4 ottobre 1988, cit.; Pret. Milano 12 maggio 1972, cit.; Pret. Milano 26 gennaio 1978, cit.; Trib. Milano 1977, cit.; Trib. Genova, 1 ottobre 1983, cit.

disposizione del secondo comma e nel senso sopra delineato, purchè imprescindibilmente siano sussistenti entrambe le condizioni poste dalla stessa; ci riferiamo, ovviamente, all'esistenza di reali ed effettive esigenze aziendali di organizzazione, produzione o di sicurezza del lavoro e alla necessaria e preventiva stipulazione di un accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di accordo, sempre su istanza del datore di lavoro, l'insorgenza di un provvedimento dell'Ispettorato del lavoro (attualmente Direzione regionale del lavoro) che detti, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti.

Per quanto attiene alle esigenze del sistema-impresa, certamente non si avranno dubbi nell'individuare la nozione di esigenze organizzative e produttive come interessi, facenti capo al datore-imprenditore, legati ad una necessità di incremento della produttività del ciclo industriale che, sebbene non attinenti a fabbisogni personali, l'ordinamento e il diritto del lavoro in sé considerano comunque, allo stesso modo, meritevoli di riguardo da parte della normativa lavoristica.

Guardando però all'altra esigenza, a cui la disposizione attribuisce uguale rilievo rispetto alle altre due, il termine “sicurezza del lavoro” pare celare un'ambiguità in merito alla sua definizione che pare qui il caso di chiarire.

A quale ambito, infatti, la locuzione “sicurezza” pare riferirsi in un così vasto contesto quale quello del lavoro all'interno del complesso aziendale?

Pare però maggiormente opportuno rimandare la trattazione del concetto di “sicurezza del lavoro” ad un ambito in cui sembra più conforme e necessaria una definizione di tale locuzione; ci si riferisce ovviamente al tema dei controlli difensivi, che verrà approfondito più avanti nella stesura del saggio.

1.10 L'aspetto della procedura di compartecipazione sindacale

L'argomento che, invece, arrivati a questo punto, appare più bisognoso di un'attenta e immediata trattazione si configura essere quello dell'esperimento della procedura sindacale a cui il secondo comma della disposizione sui “controlli a distanza” subordina inderogabilmente la volontà dell'impresa di installazione di apparecchiature di controllo.

Infatti, è previsto che in virtù di una convenzione tra le parti, da un lato, sull'effettiva rispondenza delle apparecchiature ad esigenze tecnico-produttive o di sicurezza e, dall'altro, disciplinandone concordemente modalità e condizioni d'uso, l'imprenditore viene liberato dall'aprioristico impedimento alla loro installazione.

Ma a quale necessità fa capo questa preventiva fase imposta dalla disposizione? A chi spetta un obbligo di attivazione ai fini di una sua conclusione? Quali, ancora, sono le rappresentanze sindacali a cui l'articolo fa riferimento?

Procedendo con ordine e in vista di un dispiegamento logico della questione, si ritiene opportuno chiarire fin da subito quale sia la ragione alla base di questa apparente sostituzione dell'individuo-lavoratore da parte delle proprie rappresentanze sindacali nell'esercizio e, in questo caso, nell'atto di “rinuncia forzata” alla tutela contro i “controlli a distanza”.

Si sono articolate due opposte linee di pensiero in sede dottrina.

La prima è propensa a ritenere che l'accordo, di cui al secondo comma, non concretizzerebbe un atto dispositivo di diritti individuali dei lavoratori, poiché esso rappresenterebbe solo una condizione di legittimità per l'esercizio di un potere già facente parte delle prerogative del datore di lavoro ⁴⁹.

⁴⁹ Cfr., Liso, “Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro”, in Giorn. Dir. Lav. Rel ind., 1981, 571; Id., “La mobilità”, cit., 139 s., secondo cui in questo

A ben vedere, però, non pare affatto che già alla stregua del sistema positivo anteriore allo Statuto dei lavoratori poteva riconoscersi al datore un potere così intenso di irruzione nella sfera della personalità dei dipendenti ⁵⁰.

Invece, se si aderisce all'orientamento interpretativo che considera la norma in parola come strumento di effettività dell'ancoraggio del potere datoriale al piano del contratto, puntualizzando i limiti posti all'esercizio di tale potere, pare, secondo questa parte della dottrina, possibile ritenere che è lo stesso art. 4 St. lav. che in determinati casi consente (e quindi fonda la legittimità del) l'uso di apparecchiature capaci di limitare parzialmente i diritti dei lavoratori: e ciò potrebbe avvenire solo in presenza di alcuni rigorosi requisiti sostanziali e procedurali-formali.

Quindi, appunto, è la legge che fissa le condizioni di legittimità del potere del datore e ne regola in modo tassativo la concreta verifica.

Dall'argomentarsi, dunque, della suddetta esegesi pare possibile cogliere la reale articolazione della questione; da una parte, non pare vacillare il diritto individuale del lavoratore a non essere controllato a distanza al di fuori delle ipotesi previste dalla legge (un'eccezione, come si è visto, si verifica solo quando la specifica sorveglianza non mette in pericolo i beni protetti dalla norma e perciò la fattispecie legale non viene integrata), dall'altra il legislatore ha subordinato la legittimità dell'installazione (e l'uso) dell'apparecchiatura al rispetto di un procedimento (requisito formale) in cui deve essere accertata la sussistenza dei predetti requisiti sostanziali.

caso “non si è nel campo della efficacia soggettiva del contratto collettivo. Tutti i lavoratori, iscritti o non iscritti al sindacato, in quanto appartenenti alla medesima impresa, beneficiano della riduzione che l'ampiezza del potere del datore di lavoro subisce a causa del funzionamento dei meccanismi di contropotere in azienda”.

50 C. Smuraglia, “Progresso tecnico e tutela della personalità dei lavoratori”, cit., 303 ss.

In altri termini, il raggiungimento dell'accordo (o l'ottenimento del provvedimento amministrativo) non opera nel senso di un affievolimento del diritto dei lavoratori, e quindi su un piano individuale, ma, poiché rappresenta solo uno degli elementi della fattispecie legislativa, elimina l'ostacolo procedurale-formale frapposto all'installazione di apparecchiature di controllo ⁵¹.

Ciò comporta che anche l'accordo con le R.s.a. o il provvedimento amministrativo devono sempre rispettare il diritto dei lavoratori a non essere controllati a distanza al di fuori delle ipotesi in cui la sorveglianza è ammessa dalla legge, in quanto non può essere esclusa la violazione della norma in assenza del requisito sostanziale, ovvero la sussistenza delle ragioni indicate nel secondo comma dell'art. 4 dello Statuto, da cui dipende altresì la legittimità dell'installazione.

Ovviamente possono ben leggersi alla base dell'opzione legislativa a favore dei sindacati, quali soggetti legittimati alla negoziazione, esigenze razionalistiche ed economicistiche di far subentrare al consenso di ogni singolo lavoratore dell'impresa alla deroga al divieto di controlli a distanza, la più agevole (e, con ogni probabilità, maggiormente garantistica in termini di relazione di forze all'interno del rapporto di subordinazione dell'accordo lavorativo) contrattazione con gli esponenti (in quanto sorti dall'iniziativa volontaria dei lavoratori) degli interessi delle categorie lavorative coinvolte dalla futura installazione degli impianti di sorveglianza per mano del datore di lavoro.

E in nessun caso certamente è possibile prescindere da tale fase di trattativa con i soggetti sopra indicati, poiché la norma dispone un

⁵¹ Cataudella, voce "Dignità", cit., 4 s. Giugni, "Intervento", in I poteri, cit., 179. È chiaro che osservazioni analoghe valgono anche per l'attività dell'Ispettorato del lavoro il cui intervento, come osserva Cataudella, voce "Dignità", cit., 5, è "fondato su valutazioni prettamente tecniche e senza margini di discrezionalità" e quindi "non comporta un affievolimento del diritto soggettivo dei lavoratori ad interesse legittimo".

obbligo in capo all'azienda, ove sia persistente una potenzialità o effettività di un ambivalente utilizzo di “macchine di vigilanza”, in modo permanente, di ricercare un'intesa con le R.s.a. che ne legittimi il comportamento configurato all'art. 4, dato che, come ha correttamente sentenziato il Trib. Milano 7 luglio 1977, tale accordo non può ritenersi scontato e sussistente a causa “dell'uso pacifico e non contestato...per un certo periodo di tempo” sia dalle R.s.a. sia dai lavoratori.

La sentenza sopra e in parte trascritta mira a porre in evidenza questo aspetto; e cioè, il fatto che determinate strumentazioni o apparecchiature siano in atto da tempo in azienda, con l'acquiescenza dei lavoratori e delle R.s.a., sin dall'epoca della loro installazione, non è idoneo a porre l'azienda nella condizione giuridica di “trovarsi in regola”⁵².

Dunque, il secondo comma dell'art. 4 individua, esclusivamente nelle R.s.a. (e in subordine nelle tramontate commissioni interne) i titolari del diritto a riscontrare nelle strumentazioni le caratteristiche (o meno) di idoneità lesiva della dignità dei lavoratori, anche per mera potenzialità di controllo a distanza, conseguibile dal datore di lavoro che delle suddette tecnologie o impianti audiovisivi intende avvalersi.

E potrebbe anche dirsi che questo tipo di modello partecipativo alla stipulazione di un accordo tra azienda e rappresentanze sindacali, non è certamente una forma di mediazione propria unicamente dell'esperienza italiana.

Tutt'altro, non sembra inopportuno individuare un suo corrispettivo (e quasi coevo) storico nella realtà della Repubblica Federale Tedesca del 1972.

Fu un noto giurista come Wolfgang Apitzsch, in un ancor più famosa tavola rotonda tenutasi nell'anno 1987, a porre l'accento sulla questione dell'assimilabilità dell'art. 87, comma 1 del BetrVG alla procedura

⁵² M. Meucci, “Sui controlli a distanza dell'attività dei lavoratori, in Lav. e prev. Oggi 1988.

adottata dal secondo comma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori ⁵³.

Per l'appunto, così l'art. 87 comma 1 recita: “Il consiglio aziendale, nella misura in cui non sia stabilita una disciplina legale contrattuale, deve partecipare alle decisioni nelle seguenti situazioni: Numero 6: Introduzione e impiego di dispositivi tecnici destinati al controllo del comportamento o del rendimento dei lavoratori...”.

Inoltre, anche l'origine di detta disposizione pare avvicinabile alle ragioni da cui il secondo comma del nostro art. 4 pare scaturito; si dice infatti che anni prima il Tribunale Federale del Lavoro (BAG) ebbe a decidere sulla questione dell'obbligo del rispetto della disciplina della cogestione aziendale relativamente ad un produttografo (cioè “un apparecchio applicato ad ogni stampatrice, che registra meccanicamente e continuamente i diversi valori nel corso dell'uso della stampatrice stessa, come l'attività e la pausa, i ritmi di lavorazione, i quantitativi prodotti, i tempi in perdita e i tempi di disturbo, e attraverso una rete di cavi indica su un quadro di diagrammi nella sede centrale dell'azienda l'andamento della produzione e del lavoro”, Bag Ap 1 sull'art. 56 Bvg) e decise per l'inapplicabilità della norma al caso specifico.

Il tribunale tedesco, nella decisione, non valutò soltanto l'applicabilità alla fattispecie, ma pose anche d'ufficio la questione “se l'introduzione del produttografo non violasse i diritti fondamentali della Costituzione, in particolare la protezione della personalità garantito dalla legge fondamentale a tutti i cittadini...”, dei quali però non ritenne sussistente una lesione.

Sulla base di questa espressione giurisprudenziale il Bag elaborò la particolare figura giuridica della cogestione.

Appare, inoltre, estremamente interessante come qualche tempo dopo, il Bag tedesco si trovò ad affrontare la medesima problematica posta

⁵³ W. Apitzsch, Tavola rotonda, “I controlli elettronici tra limiti legali e contrattazione collettiva”, in Riv. Giur. Lav. 1987.

agli interpreti italiani dall'affermazione dell'art. 4 St. lav. “gli impianti e le apparecchiature di controllo...dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori”, in merito al simile richiamo dell'art. 87 del BetrVG. a dispositivi “che siano destinati a sorvegliare il comportamento o il rendimento dei lavoratori”, sulla scelta tra la sopra affrontata teoria oggettiva e quella “psicologica” fondata sui motivi dell'installazione.

Persino il Bag si è indirizzato verso una lettura che mirasse alle finalità di tutela della norma e che quindi, in senso ampio, sottoponesse alla procedura di cogestione sindacati-azienda i macchinari aventi obiettiva capacità e impiegati per il controllo dei lavoratori, non rilevando alcuna differenza tra il fatto che il controllo fosse un obiettivo dichiarato della predisposizione del dispositivo oppure soltanto un suo effetto collaterale.

Ripercorriamo ora i passi di una lettura esegetica della condizione del preventivo accordo sindacale imposto al secondo comma della normativa italiana sui controlli a distanza e volgiamo lo sguardo ai possibili quesiti che la sopra richiamata fattispecie legale potrebbe porre.

A quali, infatti, R.s.a. si riferisce la norma? È da ritenersi sufficiente il raggiungimento dell'accordo con la maggioranza delle rappresentanze sindacali presenti all'interno dell'impresa, oppure l'accordo per poter essere perfezionato necessita dell'avallo di tutte le R.s.a.?

Ebbene, secondo prevalente e pressochè unanime dottrina, tale accordo, per poter facoltizzare il datore di lavoro all'installazione delle apparecchiature, deve essere raggiunto con tutte le R.s.a. presenti nella specifica unità produttiva, abbandonando qualsiasi esclusione di sorta tentativamente operata in ragione del requisito dell'affiliazione ad OO.SS. firmatarie del Contratto collettivo nazionale di lavoro,

applicato in azienda, o criteri simili di riserva negoziale ⁵⁴.

Non vi è dubbio infatti che la legge n. 300/1970 accordi anche alle R.s.a. non caratterizzate dal requisito intrinseco della stipula del contratto collettivo nazionale di lavoro, applicato nell'unità produttiva, pieno e paritario titolo ad assumere ruolo negoziale nella fase di realizzazione dell'intesa propedeutica all'installazione delle apparecchiature ai sensi dell'art. 4.

In tal modo, la loro aprioristica esclusione risulterebbe illegittima oltrechè inficiante sulla validità dell'accordo eventualmente raggiunto dall'azienda con altre R.s.a.

Potrebbe sorgere, a questo punto, il quesito teorico-pratico se, per ragioni di coerenza comportamentale, tale facoltà possa essere legittimamente traslata sul sindacato nazionale, territoriale e sugli organi di coordinamento delle R.s.a., eventualmente costituiti ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 19 della legge n. 300/1970.

Considerato, però, che l'accordo volto a permettere l'installazione delle apparecchiature in questione da parte del datore di lavoro nella specifica unità produttiva, è invero provvisto ex lege di un'efficacia erga omnes (cioè vincolante anche per i lavoratori iscritti al sindacato e non rappresentati dalle R.s.a.), si ritiene che la disposizione possa reggersi solo se ed in quanto gli organismi dotati di esteso ed impegnativo potere contrattuale siano la più vicina e diretta espressione dei soggetti vincolati, in quanto scaturenti dalla loro diretta iniziativa.

L'attribuzione di detta iniziativa a organismi sindacali di secondo grado, trasmoderebbe in una soluzione insuscettibile di reggersi in piedi, a causa della maggiore distanza dai particolari interessi degli

⁵⁴ Conf. App. Firenze 14 febbraio 1973, in Foro it., 1973, I, 1565 e, in dottrina, Romagnoli, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 1972, 19; Freni e Giugni, "Statuto dei lavoratori", Milano, 1971, 11; per Pera, in Commentario dello statuto, Padova, 1972, 31, basterebbe, invece, l'intesa con le R.s.a. rappresentative della maggioranza dei lavoratori dell'unità produttiva.

specifici lavoratori.

Rientrano in tale categoria sia il sindacato nazionale, sia le sue articolazioni territoriali (in qualità di strutture burocratiche decentrate), sia gli organi di coordinamento delle R.s.a., composti talora in maniera da non accordare spazi di rappresentatività a tutte le R.s.a. di tutte le unità produttive interessate all'installazione.

Tuttavia, poiché la questione della legittimazione agli accordi ex art. 4, ad opera di soggetti diversi dalle R.s.a. delle specifiche unità produttive coinvolte, non è mai stata sottoposta a diretto esame della magistratura, pare calzante ricordare dapprima, a conforto della nostra propensione a riservare in capo alle R.s.a. le prerogative negoziali e di controllo emananti dall'art. 4, l'orientamento espresso dal Ministero del Lavoro in una fattispecie di contenzioso amministrativo, attinente alla tematica in esame e, per le conclusioni raggiunte, sufficientemente illuminante.

Ci si intende riferire al caso proposto con ricorso al Ministero del Lavoro del 1978, in cui venne chiamato a decidere sulla seguente questione: in un'azienda di credito, l'Ispettorato del lavoro di Milano impartì disposizioni tese ad accordare che, in una determinata unità produttiva (carente di R.s.a.) la facoltà di controllo sulla corretta applicazione delle disposizioni in ordine alle riprese filmate da cineprese antirapina, venisse attribuita ad un dirigente di altra, adiacente, unità produttiva (caratterizzata da R.s.a. costituita), l'azienda in questione effettuò appunto ricorso al Ministero affinché il suddetto compito di verifica fosse, invece, conferito a dipendente in organico nella specifica unità produttiva, eletto o direttamente delegato dai lavoratori.

Le intenzioni dell'azienda erano quelle di contrastare le prescrizioni dell'Ispettorato del lavoro, in ragione dell'estraneità della contigua R.s.a., designata, agli interessi diretti dei lavoratori dell'unità

interessata.

Il Ministero del Lavoro accolse il ricorso e condivise le argomentazioni avanzate dall'azienda, così statuendo: “Non sembra dubbio... che l'art. 4 individua nelle R.s.a. ... i soggetti cui compete di concordare con l'impresa le modalità d'impiego degli impianti audiovisivi, con esclusione di altri soggetti (sindacali).

Detta legittimazione delle R.s.a. ... alla formazione dell'accordo in argomento comporta, per le sue stesse ragioni di immediata rappresentatività degli interessi dei lavoratori nei confronti dell'azienda (che, nella specie, giustificano la loro veste di “controparte” ai fini dell'accordo) ed in virtù delle loro maggiori possibilità di consapevolezza delle peculiarità di una determinata organizzazione produttiva e d'aderenza alla realtà aziendale, che deve ritenersi spettante agli stessi soggetti direttamente portatori dei cennati interessi l'incombenza, connessa a quella della trattativa, di controllare in modo immediato e costante che le modalità di impiego degli impianti audiovisivi... siano osservate dall'impresa”⁵⁵.

Nello stesso modo si è espressa parecchio tempo più avanti, sul finire degli anni '90, la Cassazione, la quale afferma che “l'accertata tassatività dei soggetti sindacali indicati dall'art. 4, secondo comma, non ammette che l'assenso possa essere manifestato da organismi sindacali diversi da quelli indicati dalla norma stessa.”.

In questo caso la Suprema Corte ha escluso la sufficienza dell'accordo con gli “organi di coordinamento delle rappresentanze sindacali aziendali previsti dall'ultimo comma dell'art. 19 Stat. Lav.”⁵⁶.

Sulla stessa linea si è mosso di nuovo, anche se più recentemente, il Ministero del Lavoro, secondo cui “in assenza di una R.s.a. presso un'unità produttiva, la titolarità a ricercare un preventivo accordo con l'azienda ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 Stat. Lav., non può essere

⁵⁵ Così, Min. Lav. 26 gennaio 1979, ric. BNA, in Not. Giurispr. Lav., 1979, 134.

⁵⁶ Cass. 16 settembre 1997, n. 9211, in Riv. Giur. Lav., 1998, II, 58 ss.

attribuita in via surrogativa alle R.s.a. di una qualsiasi altra unità produttiva della medesima azienda, ma, in tal caso, il datore di lavoro può rivolgersi direttamente all'Ispettorato provinciale del lavoro, al fine di ottenere l'autorizzazione, non essendovi una controparte legittimata a contrattare l'installazione degli impianti, e qualora l'autorizzazione venga concessa, solo allora è attribuita la facoltà di impugnarla alle associazioni sindacali di cui all'art. 19, ma non alla R.s.a. di una diversa unità produttiva”⁵⁷.

Sancita, quindi, e senza alcun incertezza, l'inderogabilità e la tassatività sia dei soggetti legittimati, sia della procedura autorizzativa di cui all'art. 4, commi 2 e 3 Stat. lav., si mostra come una vera stonatura una sentenza della Cassazione penale in cui si è sancito che “non integra il reato previsto dall'art. 4 Stat. lav., l'installazione di un sistema di videosorveglianza potenzialmente in grado di controllare a distanza l'attività dei lavoratori, la cui attivazione, anche in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, sia stata preventivamente autorizzata per iscritto da tutti i dipendenti”⁵⁸.

Fu, infatti, una più recente pronuncia della Cassazione a riaffermare l'imprescindibilità della procedura indicata al secondo comma.

Detta garanzia procedurale, per l'appunto, “prevista per impianti e apparecchiature ricollegabili ad esigenze produttive tempera l'esigenza di tutela del diritto dei lavoratori a non essere controllati a distanza e quello del datore di lavoro o, se si vuole della stessa collettività, relativamente alla organizzazione, produzione e sicurezza del lavoro, individuando una precisa procedura esecutiva e gli stessi soggetti partecipi”⁵⁹.

Stabilita l'estrema rilevanza e inderogabilità dello schema autorizzativo sopra delineato, potrebbero, però, presentarsi inconvenienti al

57 Ministero lavoro 19 giugno 1989, in Not. Giur. Lav., 1989, 437.

58 Cass. Pen. 11 giugno 2012, n. 2261, in Not. Giur. Lav., 2012, 465 ss.

59 Cass. 10 ottobre 2012, n. 16622, in Not. Giur. Lav., 2012 462.

momento della sua applicazione pratica.

Realisticamente verificabili infatti, potrebbero essere i casi di assenza di R.s.a. in azienda, specie qualora si tratti di un'unità produttiva al di sotto dei sedici dipendenti, oppure di presenza di più rappresentanze sindacali aziendali e la conseguente problematica sul come giungere ad un equilibrato criterio rappresentativo all'interno della trattativa.

Per quanto concerne il primo aspetto, nel caso in cui non siano presenti R.s.a. in azienda (ipotesi che può prospettarsi, sia per il fatto che l'impresa considerata non raggiunga la soglia dell'art. 35 dello Statuto dei lavoratori per la costituzione di R.s.a., sia ove non vi sia per qualsiasi ragione la presenza di R.s.a.), il Ministero del lavoro, nel provvedimento poc'anzi citato, ha chiarito che il datore di lavoro può direttamente adire l'autorità amministrativa.

Al più, in questi casi, l'autorizzazione, una volta concessa, può essere impugnata dai soggetti menzionati dal quarto comma dell'art. 4 Stat. Lav.

È il quarto comma, appunto, a fare riferimento ai soggetti sindacali indicati all'art. 19 dello stesso Statuto.

Come posto in evidenza ancora dal Bellavista, nel suo recente saggio su “Gli accordi sindacali in materia di controlli a distanza sui lavoratori”, a seguito del referendum sulla rappresentanza sindacale del 1995, potrebbero sorgere problemi nell'individuazione dei soggetti legittimati ad impugnare il ricorso ai sensi del quarto comma dell'art. 4, anche perchè pare ragionevole presumere che il sopra menzionato comma intendesse riferirsi in primis ai sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative di cui all'abrogata lettera a) dell'art. 19 Stat. Lav.

In conseguenza del referendum abrogativo del '95, pare logico ritenere che la legittimazione all'impugnazione possa spettare ai sindacati che, nel settore merceologico di riferimento dell'azienda, abbiano

dimostrato sul campo (specie attraverso la stipula dei contratti nazionali) di essere maggiormente rappresentativi.

Tuttavia, una lettura restrittiva del quarto comma potrebbe comportare il rischio di rendere impossibile l'identificazione del soggetto legittimato al ricorso avverso il provvedimento della direzione provinciale del lavoro e sarebbe in contrasto con i principi desumibili dall'importante sentenza della Corte costituzionale del 2013, n. 231: la quale ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 19 Stat. Lav. nella parte in cui esclude, sulla base di un dato solo formale (la mancata sottoscrizione di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva) che un sindacato effettivamente rappresentativo sul luogo di lavoro abbia il diritto di costituire la R.s.a.⁶⁰.

Una volta dissolto qualsiasi dubbio in merito all'ipotesi di assenza di R.s.a. all'interno dell'unità produttiva, si ritiene opportuno adesso passare alla seconda faccia della problematica che il richiamo alle rappresentanze sindacali dell'art. 4, quarto comma, pone; come risolvere la questione di una contemporanea presenza di più rappresentanze aziendali per quanto riguarda il momento della stipulazione?

Sul piano pratico, al fine di assicurare un adeguato livello di rappresentatività nel corso della negoziazione dell'accordo predisposto al secondo comma dell'art. 4, è emersa la questione se l'accordo sindacale (necessario per poter installare le apparecchiature di controllo a distanza) “richieda il consenso unanime di tutte le R.s.a.

Ovvero sia sufficiente la sottoscrizione da parte della sola maggioranza delle rappresentanze sindacali aziendali o, meglio, da parte delle R.s.a. che esprimano la maggioranza del personale”.

A dare una risposta a questo quesito, è intervenuto ancora una volta il

⁶⁰ Cfr. A. Garilli, “Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale (spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013), in Arg. Dir. Lav., 2014, 19 ss.

Ministero del lavoro, in sede di interpello (il 5 dicembre 2005, prot. n. 2975) che ha abbracciato l'orientamento prevalente, secondo il quale è sufficiente il raggiungimento dell'accordo con la sola maggioranza delle R.s.a.⁶¹.

Questa si è ritenuta essere la soluzione preferibile, in quanto “la necessaria adesione di tutte le R.s.a. finirebbe per tradursi in un vero e proprio “diritto di veto” utilizzabile anche dalla rappresentanza sindacale più esigua che potrebbe, in tal modo, vanificare l'accordo raggiunto con le altre componenti aziendali”.

Questa prospettazione trova anche oggi conferma nelle nuove regole del sistema delle relazioni industriali, recentemente coniate dalle parti sociali con gli accordi del 28 giugno del 2011, 31 maggio 2013 e 10 gennaio 2014, accordi in cui si consacra, quanto alle modalità di azione dei sindacati dei lavoratori, l'abbandono del principio dell'unanimità decisionale e l'adozione del contrapposto principio di maggioranza che vale ad ogni livello negoziale sia nazionale che aziendale⁶².

Altra questione che si è posta all'attenzione del Ministero del lavoro, e affrontata nel medesimo provvedimento più volte richiamato, è quella della “possibilità di centralizzare la procedura sindacale o amministrativa di autorizzazione all'installazione degli impianti e delle attrezzature di controllo nel luogo in cui è ubicata la direzione generale dell'istituto bancario, senza coinvolgere necessariamente le R.s.a o le d.p.l. delle provincie ove sono ubicate le singole unità produttive dello stesso istituto bancario”.

Il Ministero però ha reputato di dover rispondere negativamente alla proposta di centralizzazione della due procedure affermando che “l'accordo raggiunto con le R.s.a. ove è ubicata la direzione generale

61 Così Pret. Milano 23 luglio 1991, in Not. Giur. Lav., 1991, 587 ss.

62 F. Carinci, “Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014”, in Dir. Rel. Ind., 2014, 309 ss.

dell'istituto bancario non sia sufficiente a legittimare l'installazione delle apparecchiature di controllo anche qualora l'impianto tecnologico presenti caratteristiche costruttive e di funzionamento standardizzate e del tutto identiche sul territorio nazionale”.

Ciò in quanto “va rilevato che il riferimento di cui all'art. 4, comma 2, Stat. Lav. alle R.s.a. sembra dettato dalla necessità di coinvolgere le rappresentanze sindacali delle diverse unità produttive ove può essere attivato il controllo a distanza”, ed ha in proposito ricordato che “il coinvolgimento delle R.s.a. “più vicine” al personale operante presso le singole unità produttive si giustifica anche con la natura del diritto potenzialmente limitato dall'uso di impianti di controllo a distanza, diritto di natura assolutamente personale quale il diritto alla riservatezza del lavoratore”.

Inoltre, il Ministero del lavoro, richiamandosi a sostegno della sua posizione alla già citata sentenza della Cassazione n. 9211 del 1997, la quale, come già ricordato, ha statuito la tassatività dei soggetti legittimati alla procedura codeterminativa di cui al secondo comma dell'art. 4, ha affermato che sarebbe proprio il rinvio legale al ruolo delle R.s.a. a far sì che la procedura partecipativa si debba svolgere, in modo distinto, per ogni unità produttiva di una stessa impresa, restando esclusa la possibilità di un'unica procedura.

Tuttavia il Ministero del lavoro non sembra aver ignorato l'esigenza di semplificazione dei vari passaggi ai livelli decentrati, anche al fine di evitare orientamenti difformi delle sedi amministrative periferiche di fronte all'esame di apparecchiature identiche, cosicchè è parso opportuno specificare che “in tali ipotesi, ove non sia possibile raggiungere l'accordo sindacale a livello territoriale e vi sia necessità di ricorrere alla procedura autorizzativa di competenza delle Direzioni provinciali del lavoro, questa Direzione generale – al fine di uniformare l'azione degli uffici territoriali, considerate anche le

caratteristiche standard dell'impianto tecnologico utilizzato dall'azienda - avrà cura di impartire, ove richiesto, eventuali direttive di natura tecnica alle Direzioni provinciali interessate al rilascio dei provvedimenti autorizzativi”.

In modo conforme alla direttiva del Ministero, si è allineato il caso dell'installazione del dispositivo “Black box” sugli autoveicoli di servizio della flotta di Poste italiane.

Con la nota del 7 maggio del 2012, il Ministero del lavoro, ha qui fornito indicazioni operative a tutte le Direzioni territoriali del lavoro, in virtù del fatto che presso le diverse unità produttive dell'azienda non è stato raggiunto l'accordo di cui al secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav..

Il Ministero, esaminando le caratteristiche tecniche e le forme di utilizzazione del dispositivo in questione, ha stabilito che: “i provvedimenti autorizzativi richiesti a codesti uffici” (cioè le Direzioni territoriali) “vanno rilasciati, indipendentemente dall'effettuazione di ulteriori accertamenti tecnici preventivi in considerazione delle modalità standardizzate di funzionamento del dispositivo sull'intero territorio nazionale”.

È lo stesso Ministero del lavoro a sottolineare poi che l'efficacia dei provvedimenti autorizzativi deve essere subordinata al rispetto di una serie di rigide condizioni menzionate in dettaglio nella stessa nota e che guardano a circoscrivere l'uso dell'apparecchiatura alle sole finalità che ne giustificano l'installazione.

In particolare, oltre al rinvio alle disposizioni alle regole relative al trattamento dei dati personali, il Ministero evidenzia che “le informazioni non potranno in nessun caso essere utilizzate per eventuali accertamenti sull'obbligo di diligenza da parte dei lavoratori né per l'adozione di eventuali provvedimenti disciplinari”; e che “essendo la raccolta dei dati esclusivamente destinata alle esigenze

organizzative e produttive ovvero alla sicurezza del lavoro, rimane esclusa ogni altra finalità, diretta e indiretta, di controllo a distanza dell'attività lavorativa dei dipendenti”.

In sostanza, quindi, ciò che si ottiene con la stipulazione dell'accordo tra azienda e rappresentanze sindacali dell'unità produttiva è definibile come un quadro di regolamentazione di una gestione condivisa tra le parti dell'uso dei sistemi di controllo, a proposito dei quali è scaturita la necessità di una contrattazione.

Emblematico, a tal proposito, pare essere l'accordo IBM del 10 maggio 2005 con cui, riprendendo soluzioni già escogitate in passato, si è prevista una partecipazione sindacale alla sorveglianza aziendale sull'uso dei sistemi informatici da parte dei dipendenti.

Nello specifico, si è stabilito che le operazioni effettuate dai prestatori di lavoro vengano automaticamente cifrate e che possano essere decifrate solo attraverso una sorta di “doppia chiave”, la cui metà è nella sola disponibilità della rappresentanza sindacale.

Ciò, ovviamente, contribuisce ad attenuare le preoccupazioni su eventuali eccessive invasioni della privacy dei lavoratori ed a permettere la salvaguardia dei giustificati interessi imprenditoriali.

Tornando alla lettera del secondo comma dell'art. 4, pare opportuno riflettere sulla natura del preventivo esperimento della procedura di negoziazione sindacale.

Infatti, anche in vista della previsione di un' ulteriore modalità di regolamentazione delle esigenze menzionate al secondo comma, la trattativa sindacale si pone come una “possibile fonte di disciplina”, non configurando la norma in esame un obbligo in capo al datore di lavoro di raggiungimento dell'accordo con le R.s.a. al fine di poter installare l'impianto richiesto, ma solo un onere; con la conseguenza che all'imprenditore “i provvedimenti in questione gli restano inibiti se

non ha almeno tentato un accordo”⁶³: ciò significa che egli non può scavalcare questa fase e rivolgersi direttamente all'Ispettorato⁶⁴, perchè l'esercizio di tale facoltà è condizionato al mancato ottenimento dell'accordo e quindi il rifiuto dell'autore a trattare configura esclusivamente un comportamento non attuativo di un onere, da cui deriva l'impossibilità di adire l'autorità amministrativa, nonché il potere di quest'ultima di respingere l'istanza, per cui ovviamente l'apparecchiatura non potrà essere installata.

Secondo altra opinione, tuttavia, il rifiuto aprioristico del datore alla trattativa con le rappresentanze sindacali o un suo atteggiamento ostruzionistico costituirebbero condotta antisindacale⁶⁵.

Anche recenti pronunce sembrano avallare tale posizione dottrina, dacchè hanno considerato contrario all'art. 28 Statuto dei lavoratori, il comportamento del datore che ha installato delle apparecchiature di cui al secondo comma dell'art. 4 senza neppure una consultazione delle R.s.a.⁶⁶.

Ulteriore facoltà posta in capo alle rappresentanze sindacali, discendente direttamente dal diritto ad essere titolari in via preventiva della legittimazione all'accordo e in maniera propedeutica e strumentale, sarebbe anche quella di pretendere dall'azienda di ispezionare le apparecchiature ritenute “sospette”, già in atto, specificamente nel corso del loro funzionamento (e cioè eminentemente, se non esclusivamente, durante l'orario di lavoro).

L'eventuale rifiuto (o una forma di ostruzionismo inequivoco) alla richiesta in questione, concreta di fatto una limitazione dell'attività sindacale, indubbiamente suscettibile di integrare gli estremi di una

63 Treu, “Condotta antisindacale”, cit., 72; così anche Cataudella, voce “Dignità”, cit., 5.

64 Come sostiene Suppiej, “I poteri”, cit., 15.

65 Cfr., Pera, “Sub art.4”, cit., 37.

66 Pret. Roma, 13 gennaio 1988, cit.; Pret. Roma, 22 dicembre 1988, in Foro it., 1989, I, 1309.

condotta antisindacale e, dunque, di consentire il ricorso alla tutela approntata dall'art. 28 Stat. Lav. (nello stesso senso Pret. Bergamo, 3 febbraio 1971, relativa al rifiuto datoriale di consentire alle istanze rappresentative dei lavoratori di “acquisire gli elementi conoscitivi per la formulazione di quelle misure cautelative destinate ad essere oggetto del tentativo di accordo tra R.s.a. e datore di lavoro”; conf. Veneziani, op. cit., 29) ⁶⁷.

Qualora comunque un tentativo di negoziazione con le rappresentanze sindacali della specifica unità produttiva sia stato attuato ma, tuttavia, non sia stato perfezionato a causa della non ottenuta maggioranza decisionale tra le varie R.s.a. del settore produttivo coinvolto, si verifica una situazione di impedimento all'installazione nei confronti dell'impresa, che può essere però rimuovibile, come espressamente previsto al secondo comma della norma sui “controlli a distanza”, tramite richiesta di intervento, da parte (ed esclusivamente) del datore all'Ispettorato del lavoro.

Compito dell'Ispettorato, nel quale (al fine di garantire adeguato rilievo in termini di tutela anche agli interessi della parte ritenuta “forte”) la norma individua una seconda via di valutazione delle esigenze datoriali (da parte di un organo pubblicistico e agente con presunto comportamento imparziale) alla base della volontà d'installazione dei macchinari rientranti nella definizione del secondo comma dell'art. 4 a seguito dell'impossibilità di ottenere la stessa attraverso la procedura negoziale, pare senza alcun dubbio quello di operare un esame sulla tipologia delle attrezzature da installare, la loro eventuale idoneità ad implicare forme di controllo a distanza, nonché di prescrivere condizioni e modalità di utilizzo, attraverso una disattivazione di tale potenzialità lesiva della privacy dei lavoratori.

È opportuno, per completezza, evidenziare il fatto che la facoltà di

⁶⁷ In Riv. Giur. Lav., 1971, nn. 4-5, 808.

azionare l'intervento dell'organo amministrativo è attribuita dalla legge al solo datore di lavoro, poiché trovandosi, in carenza di accordo, nell'impossibilità di dar corso alle proprie iniziative di installazione, è il solo (o il maggior) interessato alla messa in opera delle apparecchiature "sospette" di ambivalente uso.

D'altro canto però, è ritenuto pacifico che R.s.a. e/o i singoli lavoratori possano attivarsi e richiedere comunque l'intervento dell'Ispettorato del lavoro nel caso in cui intendano ottenere la rimozione degli impianti in questione e perchè lo stesso disponga a carico dell'azienda le sanzioni di legge, unitamente all'obbligo di dar corso alle propedeutiche intese negoziali, in carenza delle quali sarà altresì abilitato ad intervenire con poteri e compiti autoritativi.

Ora, una volta individuati i soggetti legittimati alla stipulazione dell'accordo, qualunque di essi sia stato in concreto incaricato ad effettuare una regolamentazione di fatto delle apparecchiature concesse ai sensi del secondo comma dell'art. 4, è possibile desumere, da una lettura della normativa sui controlli a distanza come un diritto soggettivo del singolo lavoratore a non essere controllato, che i lavoratori, anche individualmente, possano far ricorso al giudice ordinario, anche conformemente a quanto previsto dall'art. 700 c.p.c., allo scopo di tutelare la propria situazione soggettiva deducendo l'illegittimità dell'accordo, a causa dell'assenza delle condizioni sostanziali richieste dalla legge ⁶⁸.

Sicchè, i lavoratori subiranno direttamente solo l'effetto del potere imprenditoriale come modellato dall'intervento del soggetto collettivo o dell'organo amministrativo; e quindi il loro diritto individuale andrà bilanciato nel caso concreto con il legittimo ambito di esercizio di tale potere come fissato dall'accordo con le R.s.a. o dal provvedimento

⁶⁸ Romagnoli, "Sub art. 4", cit., 25; Cataudella, "Sub art. 4, cit., 82; Id., voce Dignità, cit., 5; Trib. Trieste, 26 marzo 1973, in Mass. Giur. Lav., 1974, 74.

dell'autorità amministrativa ⁶⁹; con la conseguenza che se i dipendenti dovessero ritenere insussistenti le condizioni sostanziali prescritte dalla legge potranno far valere tale pretesa davanti al giudice.

Fatto sta che la disposizione, subordinando l'installazione delle apparecchiature ad una procedura di verifica della legittimità delle esigenze datoriali, erige un sistema di protezione preventiva del diritto soggettivo dei lavoratori e il cui aggiramento permette di azionare la tutela giurisdizionale ⁷⁰.

Più recentemente, e in particolare negli ultimi anni, si è sentita forte la necessità di semplificare la procedura autorizzativa sopra esaminata, che è stata concretizzata con la nota del Ministero del lavoro del 16 aprile 2012, la quale si riferisce in particolar modo all'installazione di impianti audiovisivi nel caso di attività a forte rischio di rapina.

Le ragioni dell'intervento, a fini di “snellimento delle procedure”, sono da ricercare nelle stesse dichiarazioni del Ministero, per cui in primo luogo; “negli ultimi anni sono aumentate in maniera quasi esponenziale le richieste di autorizzazione previste dall'art. 4 Stat. Lav. sia per la grande diffusione di questi impianti sia perchè l'utilizzo di tali sistemi, compatti e poco costosi, si è diffuso in moltissimi piccoli esercizi commerciali dove non sono presenti rappresentanze sindacali aziendali”.

In secondo luogo, viene in rilievo il fatto che “l'attività di rilascio delle autorizzazioni, in assenza di indicazioni operative, si è consolidata in una prassi operativa che prevede un sopralluogo per valutare le caratteristiche del sistema e la rispondenza a quanto dichiarato”; “prassi che, forse comprensibile nei contesti di grandi dimensioni, non si ritiene possa essere più attuata in quanto richiede un notevole impiego di risorse ispettive che possono essere più efficacemente

69 Giugni, “Intervento”, cit., 179; Cataudella, voce Dignità, cit., 4 s; Ichino, “Diritto alla riservatezza”, cit., 70 ss.

70 Cataudella, voce Dignità, cit., 4.

utilizzate nel contrasto al fenomeno del lavoro sommerso, irregolare illegale e nel controllo del rispetto delle norme a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori”.

Il Ministero ha voluto sottolineare il fatto che “nel corso degli ultimi anni alcune attività economiche (quali ad esempio tabaccherie, ricevitorie, farmacie, oreficerie, edicole ecc.) sono divenute attività a forte rischio di rapine a causa delle consistenti giacenze di denaro e pertanto l'utilizzo di impianti audiovisivi rappresenta, sempre e comunque, sia un fattore deterrente che uno strumento per assicurare le fonti di prova nei giudizi relativi a eventuali condotte penalmente rilevanti”.

Sicchè “le esigenze legate alla sicurezza dei lavoratori sono oggettivamente obiettivate da tali circostanze e pertanto in qualche modo oggetto di una “presunzione” di ammissibilità delle domande volte all'installazione delle apparecchiature che potranno (ed anzi dovranno) consentire la massima potenzialità di controllo dell'incolumità del personale lavorativo e dei terzi”.

Di fronte a tutto ciò il Ministero è portato a riconoscere che “da ciò consegue che il rilascio dell'autorizzazione da parte della Direzione territoriale non necessita in tali ipotesi di un accertamento tecnico preventivo dello stato dei luoghi in quanto sostanzialmente ininfluenza ai fini del rilascio dell'autorizzazione”.

Così il Ministero ordina che gli uffici periferici “potranno fare riferimento esclusivamente alle specifiche dell'impianto (caratteristiche tecniche, planimetria dei locali, numero e posizionamento delle telecamere ecc.) risultanti dalla documentazione prodotta dal datore di lavoro che diventa, per profili tecnici, parte integrante del provvedimento autorizzativo”.

Comunque il Ministero indica una serie di prescrizioni da inserire nel provvedimento autorizzativo, volte a limitare la sorveglianza allo

stretto indispensabile e afferma perentoriamente che “le immagini registrate non potranno in nessun caso essere utilizzate per eventuali accertamenti sull'obbligo di diligenza da parte dei lavoratori né per l'adozione di provvedimenti disciplinari”.

Da ultimo pare importante rilevare anche una feconda cooperazione tra autorità amministrativa e parti sociali, per finalità di semplificazione delle procedure per l'ottenimento dell'autorizzazione all'utilizzo di impianti audiovisivi e sistemi antirapina, che si è realizzata in varie sedi.

Un esempio potrebbe rinvenirsi nel “Protocollo di intesa sulla installazione di sistemi di sicurezza antirapina nei luoghi di lavoro”, sottoscritto a Modena il 20 febbraio 2001, tra autorità pubbliche e organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Un ulteriore esempio è da ricollocare nell'accordo stipulato a Macerata il 3 agosto del 2010 e denominato “Protocollo di intesa sulla installazione di sistemi di sicurezza, antirapina e antifurto nei luoghi di lavoro”, tra Direzione provinciale del lavoro, organizzazioni sindacali e datoriali, la quale vede un forte coinvolgimento degli interessati ed anche degli enti bilaterali, per una gestione armonica delle procedure autorizzative, in caso di mancanza di accordo sindacale alla stregua dell'art. 4, comma secondo, Stat. Lav.

Da ultimo si ritiene importante evidenziare, per inciso, che la disciplina in materia di controlli prevista dallo Statuto dei lavoratori può essere derogata “in melius” e “in peius” da parte della contrattazione collettiva.

Ciò significa che, in particolare per quanto riguarda le modifiche migliorative, niente impedisce alle parti in sede di accordo di prevedere (l'azione sindacale sembra già essersi mossa in questo senso) limiti più stringenti rispetto all'utilizzabilità dei dati raccolti o alle modalità stesse del controllo.

1.11 Lesione del bene protetto; i rischi connessi all'utilizzo delle nuove tecnologie

Avendo a questo punto terminato un'operazione di scandagliamento dei termini di cui la normativa sui controlli a distanza è composta, ci sembra però ulteriormente opportuno chiarire a tutela di quale bene l'intero apparato della disposizione sia predisposto.

Si è già abbastanza ampiamente specificato come l'insieme di regole e principi scaturenti dalla norma in esame sia volto alla costituzione di un ambiente lavorativo il più possibile sano e trasparente, in cui svolgere la propria attività lavorativa senza la preoccupante minaccia di controlli subdoli, scorretti e pervasivi da parte del datore di lavoro-imprenditore.

Non sarebbe però inappropriato affermare che, il quadro dei possibili strumenti di osservazione a cui guardava la norma durante i suoi primi anni di vitalità si mostrava certo maggiormente limitato rispetto a quello rispecchiato nell'odierna società, in cui si sviluppa un continuo flusso di innovazioni tecnologiche.

L'applicazione sempre più diffusa in azienda delle sofisticate tecnologie informatiche (videoterminali, computers ecc.), poiché, in aggiunta, potenzialmente più compressiva dei diritti fondamentali della personalità, induce ad ulteriori riflessioni e cautele.

Infatti, spesso, il software è strutturato in modo tale da consentire non solo la ricostruzione di tutti i passaggi, fasi e transazioni compiute per realizzare un certo programma o prodotto, ma anche con lo scopo di risalire all'identità di colui che ha compiuto le varie operazioni, il momento esatto del loro compimento, i tempi spesi per la realizzazione del lavoro nel suo complesso e nelle sue singole fasi intermedie e strutturalmente costitutive.

Proprio in questo più esteso “campo di controllo” (che oltre a rilevare dati attinenti ai caratteri della prestazione lavorativa, permetterebbe

oltretutto di risalire, addirittura, all'identità della persona che tale attività ha posto in essere) si insinuerebbe infatti la maggior capacità lesiva di cui sono ritenute responsabili le ultime innovazioni tecnologiche.

In questi casi, e appunto per l'ampia potenzialità lesiva del divieto di controllo a distanza di queste moderne macchine, secondo la gran parte degli esponenti della dottrina, si verserebbe senza dubbio nell'ipotesi del secondo comma dell'art. 4.

Di modo che è necessario che, a livello aziendale, si convengano accordi tramite cui si stabilisce che il software, i tabulati ed i programmi attivati dai lettori di badges debbano, in linea di massima, escludere la facoltà aziendale di precisa individuazione dell'operatore che effettua le transazioni routinarie, per rilevare, ad esempio, soltanto la sua appartenenza al “gruppo” ad esse abilitato ed, in tal modo, conseguirsi uno stemperamento dell'altrimenti personalizzato controllo sulla sua attività.

Ciò può normalmente avvenire attraverso la sostituzione del proprio codice individuale nei badges abilitati alle transazioni con il codice “di gruppo” o di reparto, accordandosi esclusiva deroga a programmi e transazioni concordemente ritenute attinenti a dati particolarmente riservati o critici “per la tutela delle informazioni relative al personale o al patrimonio aziendale”.

Agli inizi dei primi anni del 2000, ancora il Bellavista scrisse un saggio di riflessione su “Sorveglianza, privacy e rapporto di lavoro”, il cui argomento di partenza era quello di porre in dubbio l'assunto secondo cui ogni nuova forma di sorveglianza sarebbe stata di per sé lecita nella misura in cui, ed unicamente, tecnologicamente possibile.

Questa concezione dell'utilizzo delle più avanzate tecnologie avrebbe portato, a detta dell'autore, ad una legittimazione “selvaggia” ad un uso autoritario della stessa tecnologia: “una sorta di argomento tecnologico

che avrebbe una forza persuasiva assoluta, e che non lascerebbe spazio ad opinioni diverse”⁷¹.

Sarebbe necessario mutare il punto di partenza e spingere una grande e diffusa discussione pubblica sugli effetti delle scelte tecnologiche fino ad arrivare ad una separazione tra tecnologie “sporche” (che permettono una sorveglianza illimitata) e tecnologie “pulite” (la cui utilizzazione a fini di sorveglianza può essere circoscritta allo stretto indispensabile o del tutto esclusa)⁷².

Limiti all'utilizzazione spregiudicata di tali tecnologie possono sicuramente rinvenirsi nella, seppur tardiva, legislazione sulla protezione dei dati personali che individua una sfera dell'individuo-lavoratore imperscrutabile da parte del datore di lavoro.

Va notato però, ovviamente, che la ricerca di un equilibrio tra l'esigenza del datore di governare al meglio la prestazione contrattuale e il contrapposto interesse del lavoratore a tutelare la sua persona, in quanto necessariamente implicata nello svolgimento del rapporto, è certamente uno dei caratteri costanti della storia del diritto del lavoro.

L'intero saggio dell'autore pare essere attraversato dall'acquisita consapevolezza che il trattamento dei dati personali, che può avvenire attraverso l'utilizzo dei più sofisticati sistemi tecnologici, interferisca profondamente con i diritti fondamentali dell'individuo e che il rischio sotteso a tali avanzate forme di controllo durante lo svolgimento dell'attività lavorativa porti ad un mutamento della visione del lavoratore-persona in “entità disincarnate”: vale a dire che “la loro immagine pubblica viene sganciata dal loro corpo fisico e costruita e manipolata, tramite l'elaborazione automatica, da mano altrui”, “a tal punto che è possibile configurare un corpo elettronico del tutto distinto dal corpo fisico della persona”⁷³.

71 S. Rodotà, “Tecnologie e diritti”, cit., 114 ss. E 143 ss.

72 S. Rodotà, “Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione”, in Riv. crit. Dir. Priv., 2004, 357 ss.

73 A. Bellavista, “Sorveglianza, privacy e rapporto di lavoro”, in Dir. Internet, 2006,

Ogni giudizio sul suo conto, continua il giurista, sarebbe basato sulla rappresentazione offerta dal corpo elettronico, in quanto esso diventa l'“espressione esclusiva della stessa identità della persona”.

Il rischio insito nel corpo elettronico, quindi, sarebbe quello di esporre il singolo a discriminazioni nel caso in cui entrassero in circolazione dati riservati e sensibili, oppure, per l'ipotesi in cui vengano propagate informazioni erranee, incomplete e/o decontestualizzate, sottoporre l'individuo a valutazioni errate ⁷⁴.

Vi sarebbe dunque la necessità di assicurare tutela al corpo elettronico nello stesso modo in cui nell'età moderna si è data protezione al corpo fisico; una similitudine così stretta da far auspicare addirittura l'affermazione di un habeas data conseguente, in termini di sviluppo, all'habeas corpus ⁷⁵.

Tutto ciò si ripercuote sul piano giuridico nella necessaria predisposizione di un apparato normativo che consenta alla persona del lavoratore di conservare un controllo sulla circolazione delle informazioni che lo riguardano, tramite ad esempio la garanzia di un diritto di accesso che attribuisca al singolo la permanente possibilità di controllare liberamente la costruzione della propria identità pubblica e privata.

In conclusione alla riflessione dà impulso ad una “controricerca” da parte dei lavoratori che sviluppi modelli alternativi in grado di “sostituire la tecnologia orientata al profitto con una tecnologia dal volto umano”⁷⁶.

5, commento alla normativa d.lgs. 30-06-2003, n. 196, l. 20-05-1970, n. 300.

74 D. Lyon, “La società sorvegliata”, cit., 19 ss.; S. Simitis, “Reconsidering the Premises of Labour law”: Prolegomena to an Eu-Regulation on the Employees Personal data, in Scritti in onore di Giugni, Bari, 1999, 1581 ss.

75 S. Rodotà, “Prefazione”, in Lyon, “La società sorvegliata”, cit., X; G. Bronzini, “Dall'habeas corpus all'habeas mentem”, in Dem. Dir., 1996, 215 ss.

76 W. Daubler, “Contrattazione collettiva, ci., 314.

1.12 Disciplina del Codice in materia di protezione dei dati personali e orientamenti giurisprudenziali in tema di “nuove tecnologie” per il controllo a distanza

Sarebbe però quantomeno scorretto e poco realistico non sottolineare l'importanza dei limiti ai controlli posti dalla tanto attesa normativa sulla tutela della riservatezza.

I principi da essa emananti, infatti, pongono delle vere e proprie linee guida sul percorso dei possibili controlli effettuabili dal datore di lavoro nei casi in cui un trattamento dei dati personali del lavoratore possa essere lecitamente attuato e cioè una volta integrati i presupposti richiesti.

Si può a tal proposito, infatti, affermare che già la disciplina in materia di privacy sembra delineare da sola un'area della personalità propria del lavoratore che (si dica per inciso e al fine di stimolare una riflessione, forse sarebbe sufficiente anche in via esclusiva) debba, proprio per le sue caratteristiche intrinseche, rimanere estranea all'ambito di controllo datoriale.

Tornando al testo della norma, è bene in ogni caso sottolineare che tale disciplina fa comunque salvi i limiti previsti dalle discipline di settore, “come quelli posti dallo Statuto dei lavoratori sul controllo a distanza”. Non pare un caso infatti il fatto che l'art. 114, inserito all'interno del capo III del suddetto codice, il quale si riferisce espressamente al “divieto di controllo a distanza”, operi un rinvio esplicito alla normazione dell'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Qualora, infatti, in capo al datore di lavoro si ponga l'esigenza, al fine di vigilare sull'utilizzo ed eventuale abuso delle nuove tecnologie poste a disposizione dei propri dipendenti per lo svolgimento della loro attività, di installare, ad esempio, appositi programmi (software) volti ad accertare quali siano i lavoratori che pongono in essere un utilizzo non corretto dello strumento in dotazione (come l'accesso ad internet e

l'uso della posta elettronica), tale operazione di controllo realizza certamente una forma di trattamento dei dati personali, in quanto la nozione legale di trattamento comprende anche la fase di mera raccolta di informazioni personali.

È necessario quindi verificare la legittimità dell'utilizzazione di tali apparecchiature alla stregua della legge n. 675/1996, poi modificata dal d. lgs. n. 196, 30 giugno 2003.

Secondo le direttive del Garante per la protezione dei dati personali, appunto, grava “sul datore di lavoro l'onere di indicare in ogni caso, chiaramente e in modo particolareggiato, quali siano le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati i controlli.

Ciò tenendo conto della pertinente disciplina applicabile in tema di informazione, concertazione e consultazione delle organizzazioni sindacali”.

Afferma ancora il Garante che nell'esercizio di tale prerogativa occorre rispettare la libertà e la dignità dei lavoratori, in particolare per ciò che attiene al divieto di installare apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, tra cui sono certamente comprese strumentazioni hardware e software mirate al controllo dell'utente di un sistema di comunicazione elettronica ⁷⁷.

Tale legge fissa requisiti alquanto rigorosi per il trattamento dei dati personali, a questo proposito occorre distinguere due insiemi di regole, che riguardano due momenti diversi del trattamento, quello che concerne le modalità di raccolta e i requisiti che ogni fase del trattamento deve soddisfare e, dall'altro, le norme che individuano i casi in cui è legittimato ovvero è ammesso il trattamento dei dati (e che riguardano quindi i cosiddetti presupposti di legittimazione al trattamento).

⁷⁷ G. Pietrosanti, “Controlli difensivi sui lavoratori: condizioni e limiti” pag. 2, in Ventiquattrore avvocato, n. 1 pag. 23.

Il D.lgs. n. 196/2003 detta ancora principi generali imprescindibili nel momento in cui si intenda effettuare un trattamento dei dati personali. Questi principi possono essere elencabili in: “principio di necessità” del trattamento (all'art. 3) (che mira a limitare la raccolta di dati non necessari), la regola generale di “pertinenza e non eccedenza” (art. 11) (che garantisce che i dati vengano trattati in modo lecito e secondo correttezza) (si ricorda che un trattamento è “lecito” quando è conforme alla legge, “corretto” quando avviene secondo trasparenza), principi di “indispensabilità e proporzionalità” del trattamento (i quali consentono il trattamento soltanto ove si configuri come l'unico rimedio esperibile per il datore, ed entro il quantum necessario a tale scopo), il “principio di finalità” (che comporta un obbligo a carico di chi effettua il trattamento di far conoscere all'interessato la ragione per la quale sono raccolti i dati; finalità che deve essere “legittima”, “determinata” e “non incompatibile” con l'impiego dei dati), quello di “autodeterminazione informativa” (che fissa la regola per cui ognuno è libero di determinare se ed in che misura le informazioni a lui riferite possono circolare), da ultimo, infine, un criterio di “precauzione” (funzionale a prevenire ogni forma di illecito utilizzo del trattamento dei dati personali).

Questi, in sostanza, intendono definire una legittimazione al controllo tecnologico solo laddove si sia in presenza di un interesse del datore di lavoro meritevole di apprezzamento e che esso possa ritenersi indispensabile, nel senso di costituire l'ultima risorsa utilizzabile al fine di evitare danni o pregiudizi agli interessi dell'impresa, di terzi, o degli stessi lavoratori.

Con riguardo alle modalità attraverso cui un trattamento dei dati personali dei lavoratori può essere posto in essere, ulteriori prescrizioni disposte obbligatoriamente dal codice a cui si fa riferimento sono quelle della designazione degli “incaricati del trattamento” e

dell'introduzione di un regolamento aziendale sull'utilizzo dei sistemi informatici.

L'art. 30 del nuovo Codice sulla privacy impone all'azienda che intenda porre in essere il trattamento di designare gli “incaricati del trattamento” e di fornire a questi ultimi delle istruzioni scritte.

La giustificazione dell'obbligo di fornire istruzioni scritte sarebbe quella di individuare, con la minor promiscuità possibile, gli specifici trattamenti che l'incaricato può legittimamente effettuare conformemente alle proprie mansioni.

Tali istruzioni devono contenere: l'individuazione delle banche dati cui l'incaricato può accedere, la definizione delle finalità per le quali si effettuano i trattamenti e l'eventuale ambito di comunicazione e/o diffusione dei dati all'esterno dell'azienda; inoltre, anche in considerazione degli obblighi gravanti sull'azienda in forza del Codice sulla privacy e del Disciplinare tecnico allegato al codice medesimo, è necessario ed opportuno dettare, in sede di istruzioni agli incaricati, prescrizioni puntuali sulle misure di sicurezza adottate a tutela dei dati, misure che dovranno essere osservate da ogni singolo incaricato.

In aggiunta, ma non di minor rilievo, vi è la disposizione secondo la quale l'azienda, nell'ambito delle istruzioni fornite agli incaricati, potrà esplicitare le regole relative all'utilizzo degli strumenti informatici aziendali di cui il lavoratore viene dotato al fine di svolgere le proprie mansioni.

A ben guardare, il potere/dovere di impartire istruzioni agli incaricati, in sede di designazione, potrebbe rappresentare dunque il mezzo attraverso il quale il datore di lavoro può riaffermare che gli strumenti informatici, compresa la posta elettronica, sono di proprietà e pertinenza dell'azienda, che li utilizza e ne concede l'utilizzo in funzione dello svolgimento della finalità propria dell'attività aziendale. Si è già fatto cenno all'adozione di un regolamento aziendale, al fine di

formalizzare e puntualizzare le regole sull'utilizzo degli strumenti informatici in azienda, che detti le modalità per il corretto utilizzo di questi innovativi sistemi aziendali.

Il regolamento aziendale può rispondere a tali esigenze disciplinando le condizioni per il corretto utilizzo degli strumenti informatici da parte dei dipendenti, informandoli adeguatamente ai sensi dell'art. 13 del Codice sulla privacy, nonché ai sensi dell'art. 29, primo comma, del d.lgs. n. 242/1996 sui controlli operati mediante software e del paragrafo 3, Allegato VII del d.lgs. 626/1994 che fissa “prescrizioni minime” in materia di “uso di attrezzature munite di videoterminali”.

Si stabilisce espressamente che al regolamento dovrà essere attribuita valenza disciplinare ai sensi ed agli effetti dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, attraverso l'affissione in luogo accessibile a tutti all'interno dell'impresa.

Il così formato codice aziendale potrà, inoltre, essere integrato da un divieto di utilizzare la connessione ad Internet per fini esclusivamente personali, elencando i comportamenti vietati e le corrispondenti sanzioni, ovvero permetterne, in linea con quanto suggerito dal Gruppo europeo sulla protezione dei dati istituito sulla base dell'art. 29 della direttiva 95/46/CE, un uso ragionevole, non suscettibile di ridurre le condizioni d'uso a fini professionali e che non comprometta la produttività.

Per quanto riguarda l'utilizzo dell'e-mail aziendale il Garante indica delle misure per prevenirne l'abuso e, nel contempo, controlli illeciti sulla posta elettronica: “In questo quadro è opportuno che: il datore di lavoro renda disponibili indirizzi di posta elettronica condivisi tra più lavoratori, eventualmente affiancandoli a quelli individuali; il datore di lavoro valuti la possibilità di attribuire al lavoratore un diverso indirizzo destinato ad uso privato del lavoratore; il datore di lavoro metta a disposizione di ciascun lavoratore apposite funzionalità di

sistema, di agevole utilizzo, che consentano di inviare automaticamente, in caso di assenze, messaggi di risposta contenenti le coordinate di un altro soggetto o di altre utili modalità di contatto della struttura.

È parimenti opportuno prescrivere ai lavoratori di avvalersi di tali modalità, prevenendo così l'apertura della posta elettronica”.

Il provvedimento mira a vietare ai datori di lavoro di effettuare trattamenti di dati personali mediante sistemi hardware e software finalizzati al controllo a distanza dei lavoratori svolti in particolare mediante:

- la lettura e la registrazione sistematica dei messaggi di posta elettronica, al di là di quanto tecnicamente necessario per svolgere il servizio e-mail;
- la riproduzione e l'eventuale memorizzazione sistematica delle pagine web visualizzate dal lavoratore;
- la lettura e la registrazione dei caratteri inseriti tramite la tastiera o analogo dispositivo;
- l'analisi occulta di computer portatili affidati in uso (“per quanto riguarda i soggetti pubblici, restano fermi i differenti presupposti previsti dal codice a seconda della natura dei dati, sensibili o meno, artt. 18-22 e 112).

Infine, ulteriori garanzie possono essere ottenute attraverso la predisposizione di procedure di protocollo e gestione della corrispondenza anche informatica, che escludano ogni possibile equivoco sulla natura privata o meno della stessa ⁷⁸.

Dopo aver analizzato le prevalenti linee di pensiero che indirizzano la dottrina e aver posto l'accento sull'importanza della legislazione in

⁷⁸ E. Barraco, S. Andrea, “Potere di controllo del datore di lavoro, privacy e nuovi strumenti informatici”, in *Ventiquattrore avvocato*, 2005, n. 7/8 pag. 28.

materia di riservatezza con riguardo alle tipologie di controllo effettuabili dal datore di lavoro, mediante l'utilizzo dei più moderni sistemi informatici, possiamo volgere lo sguardo alle posizioni prese dalla giurisprudenza più prossima al tempo in cui si scrive, la quale pare però adottare, nella risoluzione di fattispecie concrete, soluzioni apparentemente in contrasto con la linea maggiormente garantistica nei confronti dei lavoratori, propria della maggioranza degli studiosi di diritto.

Al fine, probabilmente di attribuire maggior rilevanza alle esigenze di produttività dell'impresa, che sono da sempre state messe in ombra dall'estrema, forse eccessiva, tutela conferita alle istanze personali dei lavoratori.

Spesso infatti si possono trovare esempi di casi di controllo datoriale attuato mediante l'utilizzo dei nuovi dispositivi informatici risolte sempre più in maggior numero, in modo favorevole alle esigenze dell'impresa, in un'ottica di attribuzione del giusto rilievo (e quindi di contemperamento) anche all'esigenza dell'imprenditore di effettuare rilevazioni sul corretto adempimento della prestazione lavorativa da parte dei propri dipendenti.

L'elevato uso delle tecnologie informatiche in azienda, infatti, da un lato ha reso e rende possibile l'introduzione di tecniche gestionali innovative e particolarmente efficienti, dall'altro lato determina numerose problematiche relative all'utilizzo degli strumenti informatici forniti dall'azienda al personale (non solo subordinato, considerando che l'organizzazione tecnologica interessa tutti coloro che operano all'interno della struttura dell'impresa) per lo svolgimento dei propri compiti.

Intanto sono in larga parte consentiti e diffusi tipi di controllo preventivi e/o continui sull'uso di tali strumenti, che però siano basati su un contemperamento tra l'interesse del datore di lavoro alla

protezione della propria organizzazione e il diritto del lavoratore a non veder invasa la propria sfera personale, e quindi il suo diritto alla riservatezza e dignità.

In primo luogo, e ancor prima di rientrare nel concetto di controllo, sta la facoltà del datore di adottare meccanismi di filtraggio, per quanto concerne l'accesso ad internet da parte dei dipendenti, che evitino a priori la stessa realizzabilità di un comportamento scorretto da parte dello stesso; tali possono essere, ad esempio, meccanismi di blocco dell'accesso via internet a siti non autorizzati o non ritenuti utili a fini lavorativi.

In merito, invece, alla posta elettronica, è opportuno osservare che anch'essa spesso, come l'uso della rete, rappresenta un indispensabile strumento di lavoro, di cui il datore può avere la necessità di verificarne il contenuto, da un lato al fine di accertare il corretto adempimento della prestazione dei dipendenti, dall'altro per poter prendere conoscenza del contenuto delle comunicazioni indirizzate all'azienda, soprattutto in caso di assenza del lavoratore.

Sempre più frequentemente da parte dei tribunali si è osservato un atteggiamento piuttosto tollerante nei confronti di eventuali controlli datoriali su caselle di posta elettronica aziendale, ciò si è verificato giustamente sulla base di una ricostruzione giurisprudenziale che riconosce la titolarità della stessa casella in capo all'azienda (anche i messaggi tramite essa inviati sarebbero da interpretare come indirizzati all'azienda e non al singolo) e una mera disponibilità in capo al dipendente, nei confronti del quale i messaggi inviati all'indirizzo aziendale sarebbero da leggere come nella condizione di “posti alla sua attenzione”⁷⁹.

Si è già posto in evidenza come la dottrina di maggioranza sia improntata su una più forte tutela della personalità del lavoratore,

⁷⁹ E. Barraco, S. Andrea, “Potere di controllo del datore di lavoro, privacy e nuovi strumenti informatici”, in *Ventiquattrore avvocato*, 2005, n. 7/8 pag. 28.

dunque non potrebbe far altro che rinvenire in questi strumenti di monitoraggio delle e-mail così come degli accessi ad internet, strumenti di controllo a distanza dell'attività lavorativa e quindi necessariamente sottoposti alla procedura codeterminativa del secondo comma dell'art. 4.

Pur essendo ancora piuttosto esigua la giurisprudenza formatasi in materia di controlli tecnologici, pare, secondo le ultime risoluzioni delle fattispecie concrete poste all'attenzione dei giudici, abbastanza definito, in senso contrario alla dottrina, l'indirizzo decisionale dei tribunali.

Per quanto attiene infatti al controllo della posta elettronica si tende ad escludere che tale condotta datoriale, svolta all'insaputa del lavoratore, possa integrare gli estremi del reato di violazione della corrispondenza di cui all'art. 619 c.p., con la motivazione che il lavoratore non è titolare di un diritto all'utilizzo esclusivo della posta elettronica aziendale, per la stessa argomentazione sopra riportata secondo cui i messaggi sono indirizzati all'impresa e soltanto posti all'attenzione del singolo lavoratore, sarebbe errato quindi trattarli alla stregua di comunicazioni inviate al dipendente presso la società.

Nello stesso senso, si è ritenuto che l'abuso di internet da parte di un dipendente costituisca un rilevante inadempimento degli obblighi contrattuali integrante quindi una giusta causa di licenziamento, con possibilità, per il datore, di provare l'utilizzo vietato attraverso i dati registrati dal provider (ossia l'impresa informatica che fornisce l'accesso ad internet e si occupa della gestione dei servizi per il cliente), senza che tale controllo necessiti della procedura partecipativa di cui all'art. 4, comma 2.

Conformemente a tale prospettiva si può ricordare la sentenza del 22 maggio 2006 della Corte dei Conti, della sezione giurisdizionale per la Basilicata, che è da ritenersi importante per la definizione di criteri per

colpire e misurare l'utilizzo di internet per motivi estranei alle ragioni di servizio.

Nel caso in esame l'utilizzo per motivi personali della rete presenta, oltre al danno costituito dalla sottrazione all'amministrazione del tempo distolto dalle esigenze lavorative, l'ulteriore danno derivante dalla contaminazione della rete dell'amministrazione con un virus contratto dal dipendente, per effetto della navigazione su siti a carattere pornografico e dell'installazione di giochi e software non autorizzati sul pc di servizio.

Tale tipologia di condotta venne caratterizzata da colpa grave da parte della sentenza.

Pur in assenza di preordinazione del comportamento alla contrazione del virus informatico, infatti, ragionevole è desumere la piena e consapevole volontà del dipendente di utilizzare per ragioni personali il computer aziendale, cioè un bene strumentalmente diretto all'ottimale adempimento dei compiti istituzionali.

La contrazione e la successiva propagazione del virus “rappresenta così la conseguenza prossima, prevedibile ed evitabile, dell'iniziale condotta volitiva”.

Altro e distinto danno è quello del disservizio, che consiste nel “danno patrimoniale che deriva dalla minore e non corretta resa della spesa sostenuta dalla P.A. in termini di efficienza-risultato dell'azione amministrativa”.

Nella vicenda in esame detto danno viene individuato nell'onere retributivo assolto dall'amministrazione senza ricevere alcuna prestazione lavorativa (nel tempo impiegato nella navigazione in rete su siti non pertinenti a tale attività) e nel “costo strutturale della corretta installazione, manutenzione e gestione del sistema informatico, che è bene strumentale volto all'ottimizzazione dell'attività amministrativa verso il conseguimento della migliore

qualità del servizio pubblico”.

La sentenza sopra riportata sembra essere estremamente emblematica ai fini dell'individuazione dell'atteggiamento “comprensivo e tollerante” della giurisprudenza maggioritaria nei confronti delle esigenze di organizzazione ed efficienza del sistema produttivo, ciò perchè, non solo la decisione in esame riconosce nel comportamento del lavoratore (consistito, ricordiamo, in un collegamento ripetuto alla rete aziendale in assenza di effettive necessità lavorative) una colpa grave nell'inadempimento degli obblighi di diligenza scaturenti dal contratto di lavoro (e dunque in essa, l'integrazione degli estremi della giusta causa di licenziamento), ma anche e ancor più degno di nota, riconosce al datore di lavoro la facoltà di fornire la prova dei collegamenti contestati anche attraverso l'allegazione dei dati forniti dal provider circa gli accessi alla rete provenienti da ogni singola postazione di lavoro.

E proprio questo potere “concesso” al datore di lavoro dal tribunale che ha emanato la sentenza, sottolinea l'intenzione, insita nella decisione, di disconoscere nelle operazioni probatorie del datore volontà di controllo a distanza dell'attività posta in essere dal lavoratore durante l'orario di lavoro, bensì un lecito atteggiamento di protezione nei confronti dei propri beni aziendali, sia in termini di danno diretto alle apparecchiature, sia come lesione indiretta del patrimonio aziendale dovuta alla sottrazione di tempo (e quindi di quantificazione retributiva) all'adempimento della prestazione lavorativa distratto per soddisfare esigenze personali e del tutto esorbitanti l'attività, in violazione dell'accordo contrattuale.

Tuttavia, in conclusione, è doveroso affermare che giurisprudenza e dottrina non sembrano aver fino ad oggi definito in modo certo e univoco l'ambito di legittimità dei controlli tecnologici operati dal datore di lavoro.

Al momento, di conseguenza, ragioni di prudenza consiglierebbero di adottare una soluzione di equilibrio che, da una parte, induce il datore a rispettare la normativa in tema di privacy e la procedura imposta dal secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav., dall'altro si garantisce, una volta rispettate le premesse precedenti, la piena utilizzabilità processuale dei risultati dei controlli compiuti sulla posta elettronica e sugli accessi ad internet dei singoli dipendenti ⁸⁰.

Pur non trovandoci comunque di fronte ad una sostanziale “inversione di rotta” rispetto agli anni trascorsi, connotati da vigorosi impulsi di garantismo “proletario” provenienti sia dalle più influenti tendenze teoriche, sia dalle risoluzioni casistiche del maggior numero dei tribunali chiamati a decidere in materia di “controlli a distanza”, è in questo principio di discrasia giurisprudenziale rispetto alla prevalente dottrina che si può osservare una sorta di “presa di coscienza” della necessità di un ritorno all'attenzione nei confronti dei contrapposti interessi ed esigenze (lette come necessità meritevoli di riguardo) del datore di lavoro titolare dell'impresa.

Interessi che, forse per troppo lungo periodo, si sono visti quasi del tutto inascoltati di fronte alle loro indiscutibilmente lecite richieste di garanzia.

Così affermando però, è bene sottolinearlo, non si vuole comunque svalutare l'estrema importanza e imprescindibilità della tutela dei diritti personali dei lavoratori, i quali però com'è usuale ed insito nello stesso concetto di diritto, devono obbligatoriamente essere sottoposti ad un giusto temperamento di interessi con la controparte datoriale, interessi che fino al primo decennio degli anni duemila sembrano essere stati, quantomeno, accantonati.

⁸⁰ E. Barraco, S. Andrea, “Potere di controllo del datore di lavoro, privacy e nuovi strumenti informatici”, in *ventiquattrore avvocato*, 2005, n. 7/8, pag 28.

1.13 L'eccezione dei controlli difensivi; il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale

La trattazione della questione dei “controlli tecnologici” ci impone una riflessione su un'altra grande tematica riguardante l'argomento dei “controlli a distanza”, e cioè l'aspetto dei così denominati “controlli difensivi”, che con l'irruzione delle nuove tecnologie informatiche hanno assunto nuovo vigore.

Questa tipologia di controllo, appunto, è volta all'accertamento diretto del compimento da parte del dipendente di un illecito e/o il verificarsi di una situazione di pericolo.

Si ritiene ormai consolidata anche la considerazione secondo cui nel concetto di fatto illecito, verso cui è diretto il controllo difensivo, possano ricomprendersi anche illeciti di altra natura; cioè quella contrattuale.

Pertanto oggetto del controllo difensivo potranno ben anche essere eventuali illeciti contrattuali posti in essere dal dipendente dell'azienda. Ora, non pare possibile escludere a priori che detta attività illecita del lavoratore non possa rientrare, nemmeno parzialmente, nel concetto di “attività lavorativa”, sulla quale l'art. 4 Stat. Lav. vieta la sorveglianza. È del tutto ragionevole però ritenere che il legislatore statuario non abbia voluto né favorire il lavoratore nella commissione di un illecito, né ostacolare la prevenzione di qualificate situazioni di pericolo, impedendone l'accertamento con gli strumenti resi utilizzabili dal progresso tecnico.

Tale situazione di apparente stasi si può giustificare col fatto che, quantomeno nell'epoca in cui venne varato lo Statuto, erano sconosciuti strumenti in grado di limitare l'attività di controllo al solo compimento di atti illeciti senza alcuna interferenza con la restante attività del prestatore d'opera, di conseguenza, un'ipotesi siffatta non venne mai regolamentata, lasciando ampio margine decisionale in capo

ai vari orientamenti giurisprudenziali.

L'interprete, per poter giungere ad una corretta classificazione della fattispecie ed evitare che talune situazioni, che ben poco hanno a che vedere con tale ambito di protezione, vengano attratte dalla sfera di operatività dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, deve, come accade usualmente, considerare attentamente la ratio di tutela della disposizione sui controlli difensivi.

Difatti, i controlli difensivi non potrebbero giustificatamente rientrare nell'ambito di applicabilità della norma sui “controlli a distanza”, poiché non sembrano per niente in grado di ledere la dignità e libertà dei soggetti controllati necessaria a supporre la conformità alla fattispecie tipica prevista dalla disposizione di cui all'art. 4 dello Statuto.

I controlli difensivi, contrariamente a quelli delineati dalla normativa statutaria sopra richiamata, sono esclusivamente indirizzati alla prevenzione e/o all'accertamento di avvenimenti lesivi di beni di rilevanza costituzionale (salute, proprietà) e non ad altri fini.

Anzi, nei casi in cui lo stesso datore di lavoro avverta la necessità di attivare un tipo di controllo difensivo al fine di accertare il compimento di un atto illecito da parte di un proprio lavoratore dipendente, pare alquanto agevole desumere verso quale bene sia volta la sua attività di vigilanza; tal bene, nei confronti del quale il datore intende attivare un meccanismo di protezione, non può che essere, nella gran parte dei casi, il patrimonio aziendale.

Se quindi, nell'ottica di un diritto penale costituzionalmente orientato, la tipicità della condotta ingloba la lesione del bene protetto, è dunque l'assenza di questa precipua caratteristica che esclude in pieno la vessatorietà, cioè l'offensività dei comportamenti in esame, e di conseguenza viene meno la loro allineabilità alla fattispecie tipica; e

solo in questi termini sarebbero giustificati siffatti controlli ⁸¹.

In aggiunta, non solo pare da escludersi la lesione del bene tutelato dall'art. 4, ma anche l'oggetto del controllo non si ritiene essere il medesimo nelle due tipologie di attività di vigilanza.

È proprio l'oggetto del controllo ad avere infatti assunto efficacia scriminante nell'individuazione della tipologia di controllo adottata; ovvero nella distinzione tra controllo difensivo e controllo a distanza vietato ai sensi dell'art. 4 dello Statuto.

Ciò pare dovuto infatti alla giurisprudenza più recente che ha completamente ridisegnato gli incerti limiti del controllo difensivo sui lavoratori.

Nello specifico, è stata la sentenza n. 15892 del 17 luglio 2007 a ridimensionare drasticamente l'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi che ammetteva liberamente i controlli difensivi (esentandoli conseguentemente dai requisiti del succitato art. 4); nella fattispecie, questa pronuncia ammette senza vincoli il controllo difensivo, solo se diretto alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro ⁸².

Ove quindi la disposizione statutaria trova la propria ragion d'essere in un controllo indirizzato sull'attività lavorativa, allo stesso modo un controllo difensivo è concesso all'azienda nella misura in cui esso incida unicamente su condotte illecite dei lavoratori che interessino beni esorbitanti l'adempimento degli obblighi lavorativi.

Ancora la giurisprudenza si è espressa su questo tema, prendendo le distanze da quegli orientamenti che tendevano a riconoscere la legittimità dei controlli a distanza a carattere “difensivo” sulla base

81 A. Bellavista, “Il controllo sui lavoratori”, pag. 100, Giappichelli, 1995.

82 Cassazione civ., Sez. lav., 17 luglio 2007, n. 15892: “Il controllo a distanza sull'attività dei lavoratori diretto ad accertarne comportamenti illeciti è soggetto alla procedura contemplata dall'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori. Non si applica questa disposizione solo se il controllo è diretto alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro”. In Guida al lavoro, f. 38, 2007, 26.

dell'obiettivo perseguito (ovvero l'accertamento di condotte illecite del lavoratore), a prescindere dall'oggetto del controllo (dunque, talvolta, l'attività lavorativa)⁸³, orientamento, quello precedente, che comportava un'esclusione a priori dell'operatività dell'art. 4 nei casi di dichiarata attuazione di un controllo difensivo.

Una siffatta impostazione, infatti, produrrebbe una libera legittimazione al controllo difensivo, il quale però, contrariamente, necessita di un'attenta valutazione dei propri risvolti sull'attività del lavoratore (verifica abbastanza ragionevole dal momento che alcuni atteggiamenti dottrinari sono arrivati persino ad affermare che “un comportamento illegittimo o illecito rilevante nel rapporto di lavoro può commettersi solo durante l'attività lavorativa”⁸⁴).

Occorre dunque condurre un'indagine sulle caratteristiche dell'apparecchio che si intende installare, volta a verificare l'oggetto non solo attuale ma anche potenziale del controllo, inoltre, poiché un'eventuale ricaduta nel secondo comma dell'art. 4 non consente di disciplinare l'utilizzo di tali strumenti, bensì la loro installazione, al fine di stabilire se il secondo comma della norma debba o meno trovare applicazione, l'indagine sull'oggetto del controllo non deve essere condotta, a posteriori, avendo riguardo a cosa, con lo strumento di controllo a distanza, effettivamente si è indagato (l'atto illecito) ma dovrà valutarsi se tale strumento, per le sue caratteristiche e modalità d'impiego, consenta, anche al di fuori della fattispecie concreta, di raccogliere informazioni sull'attività dei lavoratori⁸⁵.

La sentenza sopra richiamata ha riaffermato infatti l'importanza dirimente dell'oggetto del controllo, rispetto al motivo dello stesso, dichiarando l'illegittimità di tutti i controlli (non autorizzati da accordi sindacali) che riguardino “l'esatto adempimento delle obbligazioni

⁸³ Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, MGL, 2002, 644, nt Bertocchi.

⁸⁴ G. Mannacio, cit.

⁸⁵ L. Cairo, in Orientamenti della giurisprudenza in tema di controlli difensivi, 2008.

discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso”, e ciò anche qualora il lavoratore abbia posto in essere condotte illecite.

Secondo questa interpretazione i controlli che potrebbero, a priori e sempre, essere esclusi dal campo di applicazione dell'art. 4, sarebbero quelli realizzati mediante apparecchi finalizzati all'accertamento di atti illeciti e strutturati in maniera tale da entrare in funzione al di fuori dell'orario di lavoro.

Solo in tal caso vi sarebbe la certezza che simili strumenti non possano nemmeno accidentalmente fornire informazioni circa l'attività del lavoratore.

Sul punto si è espressa anche la Cassazione il 3 luglio 2001, che, sebbene non abbia dichiaratamente utilizzato la locuzione “controlli difensivi”, nella decisione n. 8998 ha rilevato: “come il richiamo all'art. 4 Stat. Lav. non possa valere ad invalidare gli accertamenti operati dall'imprenditore attraverso riproduzioni filmate dirette a tutelare il proprio patrimonio aziendale, al di fuori dell'orario di lavoro e contro possibili atti penalmente illegittimi messi in atto da terzi, e quindi anche dai lavoratori che a questi non possono non essere in tutto equiparati allorquando agiscano al di fuori dell'orario di lavoro”.

Numerose sono state le attuazioni pratiche di tali tipologie di controlli da parte dei datori di lavoro, essi infatti possono riguardare: il controllo sulle transazioni effettuate dal dipendente al pc, assegnatogli dall'impresa, e sulla posta elettronica inviata mediante e-mail aziendale, ma anche il monitoraggio degli accessi del dipendente all'azienda e a specifici locali dell'impresa, mediante i badge tradizionali e quelli recanti i dati biometrici (ovvero, anche se impropriamente, le impronte) dei dipendenti.

Anche eventuali controlli difensivi sull'elaboratore non sembrano comportare in realtà controindicazioni, poiché ed in quanto volti a

verificare il solo accesso ai siti di rete e prospettabili sconfinamenti oltre i limiti e tempi consentiti.

Tali strumenti difensivi, lavorando inoltre non genericamente sull'elaboratore del dipendente, bensì sulle sole connessioni in rete, non pongono peraltro nemmeno problemi sotto il profilo della privacy, in quanto incidenti su comportamenti non legittimi.

Altro importante risvolto del tema in esame è il controllo sugli spostamenti del lavoratore mediante dispositivi elettronici installati sui loro computer palmari e l'accertamento (diretto al contenimento dei costi) dei destinatari delle telefonate dei dipendenti, attraverso i centralini elettronici.

Diversa, e non immediatamente lecita, sarebbe l'installazione di un sistema di controllo che, pur perseguendo i fini tipici del controllo difensivo, consentisse anche di controllare altri aspetti del comportamento del lavoratore ricadenti nell'area protettiva dell'art. 4 Stat. Lav.

In tali occasioni, infatti, dovrebbe essere applicabile, conseguentemente all'interpretazione del disposto sopra data, la procedura prevista dal secondo comma del summenzionato articolo.

Infatti, qui, lo scopo di accertamento dell'illecito o della situazione di pericolo, una volta escluso che violi la disposizione del primo comma, ricade “accidentalmente” nell'ambito delle esigenze richiamate al secondo.

Di fatto, in altre parole, ci si troverebbe di fronte ad impianti che, benchè intenzionalmente diretti a sorvegliare comportamenti del dipendente esorbitanti dalla ratio di tutela della norma, siano richiesti da esigenze organizzative, produttive o di sicurezza del lavoro; da essi perciò deriva la possibilità di controllo di tutte quelle (restanti) attività contemplate allo scopo garantistico della norma.

Per tali motivi dette apparecchiature possono essere installate soltanto

rispettando la procedura di cui al secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav. Regolate dall'accordo o dall'atto autorizzativo saranno le cautele in grado di realizzare il perseguimento dei fini legittimi ed evitare l'integrazione di forme di controllo vietato.

Alla stregua di questa impostazione sarebbe ragionevole desumere che, ad esempio, attraverso la procedura prevista al secondo comma, potrà essere consentita l'installazione di una telecamera quando essa serva a prevenire il compimento di furti a danno di una banca e commessi sia dai lavoratori sia da terzi; ma questa sorveglianza, per poter essere lecita, dovrà essere sottoposta (dall'accordo o dall'atto autorizzativo) a severe condizioni per impedire controlli abusivi sui lavoratori: così, più chiaramente, si potrà stabilire che le telecamere inquadrino esclusivamente i luoghi più a rischio e siano visibili a tutti; che i soggetti addetti all'osservazione di quanto costantemente riprendono le telecamere debbano soltanto vigilare sull'eventuale perpetrazione di illeciti; che successivamente le bobine delle registrazioni effettuate vadano conservate in un'apposita cassetta munita di serratura con chiavi separate, una delle quali a disposizione dell'azienda, l'altra dei rappresentanti dei lavoratori, in modo tale che l'esame delle riprese possa avvenire soltanto congiuntamente; e infine che le registrazioni debbano essere periodicamente cancellate oppure consegnate all'autorità giudiziaria se vi sono delle indagini di polizia in corso ⁸⁶.

Siffatta prospettazione dottrina sembra essere confermata anche da un provvedimento del Tribunale di Catanzaro del 26 maggio 2006 che

86 Simile è la soluzione adottata per consentire, in un'azienda di credito, l'installazione di telecamere al fine di prevenire eventuali furti: infatti si è previsto esplicitamente che “l'orientamento delle telecamere doveva essere tale da escludere la possibilità di riprendere i dipendenti in attività”; e si è imposto che le bobine utilizzate fossero del tipo “auto-cancellante” e venissero conservate in un cassetto dotato di serratura con chiavi separate, una delle quali consegnata all'azienda e l'altra ad un componente della R.s.a.; cfr Ministero del lavoro, 19 giugno 1989, in Not. Giur. Lav., 1989, 436; così in pratica anche Isp. Lav. Milano, 16 febbraio 1988, in Lav. 80, 404 ss. Cfr pure Pret. Milano, 23 luglio 1991, in Riv. it. Dir. Lav., 1992, II, 337, con nota di Poso.

ha accolto un ricorso in materia, per repressione di condotta antisindacale.

Oggetto del giudizio era, tra l'altro, un controllo difensivo realizzato attraverso alcune apparecchiature di videosorveglianza.

Anche in questo caso è lecito parlare di controllo difensivo, in quanto le telecamere installate nelle zone di transito interne ed esterne all'edificio, tendevano a proteggere il cespite da atti vandalici.

Secondo la decisione, la circostanza non esime l'azienda dall'obbligo contemplato del più volte contemplato art. 4, obbligo che sussiste anche qualora dagli impianti installati derivi una mera possibilità di controllo a distanza sull'attività lavorativa ⁸⁷.

Ancora emblematica a tal proposito è la sentenza della Corte di Cassazione n. 15892, del 17 luglio 2007, secondo la quale anche il controllo svolto sulla quantità di lavoro svolto rientra nell'area contemplata dall'art. 4, il cui riferimento all'attività lavorativa “non riguarda solo le modalità del suo svolgimento, ma anche il quantum della prestazione”.

La Suprema Corte, in questo caso, ha annullato il licenziamento del lavoratore, poiché i dati rilevati illegittimamente non potevano essere posti a suo fondamento.

In definitiva, secondo la pronuncia in esame “il controllo sull'orario di lavoro, risolvendosi in un accertamento circa la quantità di lavoro svolto, si inquadra, per ciò stesso, in una tipologia di accertamento pienamente rientrante nella fattispecie prevista dal secondo comma del richiamato art. 4. Nè l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore”.

Nella vicenda esaminata dalla richiamata sentenza, tale controllo è

⁸⁷ G. Pietrosanti, “Controlli difensivi sui lavoratori: condizioni e limiti”, in *Ventiquattrore avvocato*, 2008, n.1 pag 23.

stato effettuato mediante il badge, assegnato al dipendente per l'ingresso negli uffici e, anche, nel garage aziendale destinato alle auto dei dipendenti.

Il dispositivo aziendale consentiva sia la rilevazione dell'identità di chi varcava l'ingresso, sia l'orario in cui ciò accadeva.

Questo dato, incrociato con quello dell'ingresso negli uffici, permetteva di controllare l'osservanza dell'orario di lavoro da parte dei dipendenti.

Il dispositivo installato nel garage, al contrario di quello predisposto all'ingresso degli uffici, non era stato concordato con il sindacato né autorizzato dall'Ispettorato del lavoro, di conseguenza il controllo risultato dalla predisposizione dell'apparecchiatura non era, a parere della corte, da ritenersi lecito e perciò attuabile.

Questo approccio pare porsi in linea con le tendenze prevalenti in numerosi paesi in cui, pur in assenza di un'esplicita disposizione come l'art. 4 Stat. Lav., la possibilità di effettuare alcuni controlli attraverso strumenti tecnici, quando non è vietato in modo assoluto, è condizionata alla sussistenza di gravi ragioni e/o deve rispettare particolari condizioni, tra cui la preventiva contrattazione o la consultazione con le rappresentanze dei lavoratori e l'informazione di quest'ultimi ⁸⁸.

L'attribuzione di un rilievo meritevole di tutela alle esigenze sottostanti ai controlli difensivi di parte datoriale, in assenza di una disposizione

⁸⁸ Cfr le rigide istruzioni emanate dal Ministero del lavoro francese per l'uso delle telecamere, nei luoghi di lavoro, per evitare furti a danno del patrimonio aziendale: ILO, *Monitoring and Surveillance*, cit., 168. In questa direzione è del resto l'interpretazione dell'art. L 120-2 del Codice del Lavoro, introdotto dalla legge del 31 dicembre 1992, contenuta nella circolare del Ministero del Lavoro del 15 marzo 1993: qui si prevede che “le apparecchiature di controllo possono essere usate soltanto quando ciò sia richiesto da speciali circostanze, come ragioni di sicurezza oppure sussista l'esigenza di impedire l'ulteriore commissione di furti”; e inoltre viene richiamato l'art. L. 121-8 il quale stabilisce che i lavoratori devono essere preventivamente informati a riguardo; quindi è precluso il controllo occulto.

in materia, è senz'altro frutto di un'elaborazione giurisprudenziale che negli anni si è sempre più mossa verso un indirizzo maggiormente garantistico nei confronti della controparte forte del contratto di lavoro, ponendosi in controtendenza con le riflessioni dottrinarie prevalenti, le quali invece, da sempre, hanno rivolto la loro attenzione alla preservazione dei diritti personali del lavoratore.

Espressione di questa linea di contropotere sono senza alcun dubbio le ultime decisioni dei tribunali che, sempre più spesso, sanciscono la legittimità di misure disciplinari giustificate dal compimento di atti illeciti da parte dei dipendenti e rilevati mediante l'utilizzo di dispositivi di controllo a distanza (ma attuati in termini difensivi degli interessi imprenditoriali).

Ne è un esempio la sentenza del 22 ottobre del 2007, n. 22066, della Corte di Cassazione, la quale è intervenuta in materia di abuso del telefono aziendale.

In questo caso la pronuncia ha confermato la legittimità di un licenziamento per giusta causa applicato ad un dipendente che utilizzava il cellulare aziendale per telefonate a chat-line, senza digitare un codice che permetteva alla sua azienda di addebitargli l'importo della telefonata estranea alle esigenze di servizio.

Nel caso in esame il lavoratore aveva (tra l'altro) lamentato che, se il datore di lavoro (una compagnia telefonica) gli avesse segnalato più tempestivamente le irregolarità nell'uso del telefono, avrebbe potuto porvi riparo.

Un rilievo che la sentenza respinge rilevando che “nessun riscontro si è avuto circa un obbligo giuridico di fonte legale o contrattuale per l'azienda di controllare con precise cadenza temporali il traffico telefonico operato dai propri dipendenti assegnatari del cellulare e non preceduto dal codice 99 (codice che individua le chiamate personali)”.

Una simile prospettazione è, infatti, non condivisibile, per i giudici,

perchè tenta di rovesciare sull'azienda, “in modo evidentemente inammissibile, il contenuto di un obbligo di controllo che, invece, certamente rientra a pieno nei doveri di diligenza del lavoratore nell'esecuzione del contratto di lavoro”.

Rimarchevole anche l'argomentazione che la riconducibilità al dipendente del danno subito dall'azienda “(determinato dai giudici di merito in euro 9.177.44, maggiorati di interessi e rivalutazione) è stata oggetto di positivo accertamento, sulla base della considerazione che il cellulare da cui sono partite le telefonate dirette al numero 166 era affidato alla custodia del ricorrente.

L'enorme mole delle telefonate ha reso sostanzialmente provato che proprio il Ba. ne è stato l'autore, non essendo credibile la tesi giustificativa che terzi abbiano utilizzato il cellulare a sua insaputa.

Pertanto, il Giudice di secondo grado ha correttamente ritenuto che il comportamento inadempiente sarebbe stato grave (quindi legittimante il licenziamento de quo) anche se tale ultima tesi si fosse rivelata fondata, visto che ciò avrebbe significato una gravissima negligenza del dipendente nella custodia del bene aziendale affidatogli”.

Sembra da sottolineare, appropinquandoci verso una conclusione della trattazione dell'argomento dei “controlli difensivi”, che negli ultimi anni si è assistito quasi ad una liberalizzazione dei controlli a protezione dei beni aziendali da parte del datore di lavoro, nel senso di un'aperta legittimazione di questi anche nelle più svariate forme.

E la tipologia più rilevante e problematica, come si può ben immaginare, pare essere infatti quella occulta, la quale, si può affermare, ha comunque ottenuto l'assenso giurisprudenziale.

Pare che, nel caso in cui un controllo difensivo sia ammesso, in quanto volto a tutelare un interesse del datore di lavoro ritenuto meritevole di apprezzamento, e individuato come ultima risorsa utilizzabile al fine di evitare danni o pregiudizi agli interessi dell'impresa, di terzi o degli

stessi lavoratori ed infine postposto ad un controllo generale o statistico in luogo di un controllo nominativo e specifico, preceduto da adeguata informativa, l'attività di controllo, di cui il datore di lavoro necessita, possa essere anche posta in essere nella modalità probabilmente più efficace allo scopo; ovvero in forma occulta.

Ove il controllo in chiave “difensiva” sia legittimo, poiché giustificato da interessi meritevoli e non tutelabili in altre forme, la giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'art. 13, comma 5, lett. b), del Codice della Privacy, che esclude l'obbligo di informativa quando i dati sono trattati al fine di “far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento”.

Così l'elaborazione giurisprudenziale più recente ed, in parte, dottrina, si è mossa nel senso di un'accettazione di attività “difensive” consistenti in forme di intervento, controllo, monitoraggio dirette ad accertare condotte illecite del lavoratore che integrino, appunto, lesione del patrimonio aziendale o della sicurezza o illecito contrattuale, che, inoltre, perché volte ad accertare fatti estranei alla prestazione lavorativa, non sono soggette neppure alle norme dello statuto dei lavoratori in materia di limiti al potere di controllo.

Come si è già rilevato più sopra un atteggiamento piuttosto incline a riconoscere un certo margine di liberalità ai controlli del datore di lavoro e che assume maggiore rilevanza nella forma occulta da parte della giurisprudenza si può notare in particolar modo nei confronti di quelle attività indirizzate al controllo dell'accesso ad Internet e dell'utilizzo della posta elettronica aziendale da parte dei propri dipendenti.

Altro rilevante e diffuso mezzo di controllo attuato dal datore di lavoro per finalità di accertamento di illeciti è quello dell'installazione di un sistema satellitare su autovetture di proprietà dell'azienda e in

dotazione ai dipendenti, che consenta la tracciabilità del percorso effettuato al fine di verificarne la conformità con gli obblighi contrattuali, o ancora, ad esempio, la predisposizione di telecamere indirizzata all'accertamento del compimento di un furto da parte dei lavoratori, che non sia connotata dal carattere della pubblicità, proprio perchè, con ogni probabilità, ostacolerebbe il fine per cui tale strumentazione è stata installata.

La legittimità di queste forme di controllo si può veder sancita dalla sentenza della Cassazione, ma anche in molte altre, n. 2042, del 24 marzo 1983, che pur non riguardando espressamente l'art. 4 qui esaminato, ma da ricondurre più propriamente all'art. 3 Stat. Lav., il quale disciplina pur sempre una forma di controllo in ambito aziendale, ma attuata non mediante impianti audiovisivi ed altre apparecchiature, bensì nella forma “uomo su uomo”, sembra essere comunque abbastanza esplicativa: “è legittimo il comportamento del datore di lavoro che controlli i propri dipendenti, addetti alla vendita in un magazzino a libero servizio, mediante impiegati di un'agenzia di sorveglianza all'uopo incaricati; tale vigilanza non riguarda, infatti, un controllo sull'attività lavorativa, sibbene un comportamento decisamente contrario a quest'ultima e in aperta contraddizione con la leale collaborazione dovuta dal lavoratore e con la fiducia in esso riposta dal datore di lavoro; tale controllo pertanto non può ritenersi vietato dall'art. 3 dello Statuto dei lavoratori, né da alcuna altra norma di legge relativa all'esigenza di controlli tipizzati”⁸⁹.

In conclusione non pare fuori luogo riflettere su un aspetto di potenziale contraddittorietà insito all'interno della licenza tribunaria attribuita ai datori di lavoro in merito a queste tipologie di sorveglianza.

⁸⁹ Cass., 24 marzo 1983, n. 2042, Celentano c. Soc. La Rinascente Upim, in Lav. e prev. Oggi, 1983, 135; Orientamenti giur. Lav., 1983, 803; Notiziario giurisprudenza lav., 1983, 239; Giur. it., 1984, I, 1, 331.

Non si intende sottacere il fatto che sicuramente tali controlli siano ritenuti leciti poiché posti a “difesa”, appunto, di beni di rilevanza costituzionale, che talvolta possono superare per rilevanza altri interessi meritevoli anch'essi di tutela da parte dell'ordinamento, come la proprietà, il patrimonio e l'interesse al rispetto di un rapporto lavorativo fondato sulla fiducia reciproca.

Tuttavia non sarebbe onesto, quantomeno intellettualmente, non rilevare l'ampiezza degli effetti di questa importante apertura giurisprudenziale, che sgancia forme di vigilanza datoriale, giustificate da diversi interessi, dal divieto di “controllo a distanza” di derivazione statutaria.

Ci sembra però opportuno rinviare un approfondimento sulla tematica accennata alla trattazione che si intende effettuare a proposito delle ultime novità normative introdotte nella materia dei “controlli a distanza”, di cui all'art. 4 Stat. Lav. oggi modificato mediante decreti attuativi del più ampio disegno del “Jobs Act” emanato dal governo attuale, in comparazione con le possibili problematiche scaturenti dalla nuova regolamentazione sul tema, che non pare aver riscosso grandi consensi dalla parte più garantistica della dottrina.

1.14 Conseguenze della violazione del divieto dell'art. 4

Accingendoci verso la fine del percorso interpretativo della norma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, riguardante il tema degli “impianti audiovisivi”, dopo aver analizzato tutte le possibili questioni scaturenti dai termini utilizzati nella disposizione, al fine di completare l'esegesi normativa si ritiene necessario chiarire quali siano le conseguenze di una possibile violazione del divieto di “controllo a distanza”.

Innanzitutto occorre specificare fin da subito che una forte garanzia

contro le infrazioni della disciplina dei controlli a distanza si rinviene nella sanzione penale imposta dall'art. 38 Stat. Lav., a suggello dei diritti della personalità tutelati dall'art. 4.

È possibile, poi, che la via più efficace ai fini di una miglior esplicazione degli effetti della violazione dell'articolo sia il richiamo ad una sentenza che proprio un caso di controllo a distanza effettuato illecitamente (in quanto non rispettoso della normativa applicabile) da un datore di lavoro sul proprio dipendente sia stata chiamata a risolvere, anche perchè nell'art. 4 nulla è espressamente previsto in merito.

Una decisione particolarmente simbolica potrebbe essere una sentenza della Corte di Cassazione che giunge ad annullare un licenziamento disciplinare imposto ad un lavoratore, che risultava aver più volte eluso il sistema di rilevazione degli orari di ingresso ed uscita sul posto di lavoro.

In particolare, dal confronto dei dati registrati dal sistema elettronico di rilevazione degli accessi in azienda e da quelli registrati da analogo sistema di rilevazione installato nel parcheggio aziendale, risultavano orari di ingresso e di uscita diversi.

In altre parole, il dipendente in questione registrava la propria presenza mediante passaggio del badge nella porta di ingresso ai locali aziendali, in modo che risultasse il rispetto dell'orario di ingresso, per poi uscire da un varco secondario, non soggetto ad apertura tramite badge, allontanandosi dal posto di lavoro con la propria autovettura.

Senonchè per entrare ed uscire dal parcheggio aziendale era necessario utilizzare lo stesso badge di accesso ai locali aziendali il quale, oltre a consentire l'elevazione della sbarra in ingresso e in uscita dal parcheggio, consentiva, all'insaputa dei dipendenti, di registrare l'identità di chi passava nonché l'orario del passaggio.

L'installazione e l'utilizzo di tale apparecchiatura, a differenza di quella

analoga installata agli ingressi dell'ufficio, non era stata concordata con le rappresentanze sindacali, né era stata autorizzata dall'Ispettorato del Lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 2, Stat. Lav.

Il lavoratore in questione impugnava, quindi, il licenziamento in quanto esso doveva ritenersi privo di motivazione, non potendo essere posti a fondamento del recesso datoriale i fatti accertati in violazione dell'art. 4 Stat. Lav.

La Suprema Corte, adita in ricorso dal lavoratore che contestava la natura “difensiva” di tal controllo, affermò che la pur “insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore”.

Tale esigenza, non consente, pertanto, “di espungere dalla fattispecie astratta i casi dei cd. controlli difensivi, ossia di quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando tali comportamenti riguardino”, come nel caso di specie, “l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso”.

La Corte ha quindi cassato la sentenza di appello e, decidendo nel merito, ha annullato il licenziamento ⁹⁰.

A prescindere da qualsiasi valutazione sul merito della questione, la quale agli occhi di qualcuno potrebbe apparire alquanto forzata e non del tutto giustificata, è importante rilevare come a seguito di una riconosciuta violazione della normativa in esame, dovuta alla mancanza della procedura necessaria all'installazione prevista al secondo comma dell'art. 4 nel caso il cui il suo presupposto sia stato ritenuto integrato, la Cassazione decida per l'annullamento del licenziamento disciplinare a carico del lavoratore, quindi della cancellazione dell'effetto che un installazione illecita di tali

⁹⁰ Cass. 17 giugno 2000, n. 8250, in Not. Giur. Lav., 2000, p. 711.

apparecchiature abbia prodotto.

La decisione giurisprudenziale sopra richiamata si pone perfettamente in linea con l'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidatosi, secondo cui nell'ipotesi in cui si verifichi una violazione delle condizioni di cui all'art. 4 Stat. Lav., la sanzione posta a carico del datore di lavoro che sia di fatto venuto meno agli obblighi imposti da detta disposizione ed abbia, come nella citata fattispecie, effettuato un controllo privo delle richieste caratteristiche di pubblicità (quindi in forma occulta), è quella per cui i risultati di tali controlli non possono essere posti a fondamento delle misure disciplinari da essi scaturenti (in questo caso del licenziamento del dipendente).

In termini tecnici, la sanzione ritenuta maggiormente consona dalla giurisprudenza in caso di violazione della normativa sui “controlli a distanza” è quella di matrice processuale della inutilizzabilità dei dati illecitamente raccolti come prove di comportamenti del lavoratore rilevanti sotto il profilo disciplinare.

Questa linea decisionale trova certamente la propria giustificazione nell'esigenza di arginare forme di esercizio del potere di controllo del datore di lavoro lesive della riservatezza e dignità del lavoratore.

Capitolo 2

La nuova disciplina dei “controlli a distanza”

1.1 Il nuovo testo dell'art. 4

A distanza di più di quarant'anni dalla nascita di una delle disposizioni “pilastro” dello Statuto dei Lavoratori, il 14 settembre 2015 è stato emanato dall'attuale governo Renzi, in attuazione della legge di delega n. 183 del 10 dicembre 2014, il decreto legislativo n. 151 recante “Disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità”.

Tale decreto si inserisce nel più ampio progetto di riforma del lavoro, il cosiddetto “Jobs Act”, il quale si pone l'obiettivo dell'aggiornamento di un insieme di regole e procedure alla luce delle innovazioni tecnologiche intervenute nei modelli e nei contesti aziendali lavorativi e produttivi.

E questa necessità di adattamento della disciplina (nell'ottica di rendere ancora oggi integralmente attuali e soddisfattive le regole analizzate) alla realtà che ci circonda sarebbe testimoniata anche dall'incessante susseguirsi di pronunce giurisprudenziali che ancora in questi ultimi anni hanno affollato le riviste giuridiche ⁹¹ e sarebbe giustificata inoltre, è inutile rilevarlo, dalla rivoluzione operata nel mondo del lavoro dall'avvento di nuovi strumenti tecnologici come: internet, posta elettronica, tablet e smartphone.

Per questi motivi un intervento sul vecchio articolo dello Statuto era da ritenere ormai opportuno.

Quello su cui occorre però adesso riflettere è la questione della sua

⁹¹ Lo evidenzia, fra gli altri, M. Miscione, “I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo”, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 8-9, 761 ss., ove ampi richiami di dottrina e giurisprudenza; v. anche A. Minervini, “I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda”, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 4, 314 ss.

idoneità a risolvere i molteplici problemi che l'ex art. 4 aveva scatenato nella dottrina e nella giurisprudenza.

Scendiamo ora nel dettaglio.

In particolare l'art. 23 del D.lgs. n. 151/2015 si prende carico di modificare l'art. 4 della legge n. 300 del 1970 (più nota come Statuto dei lavoratori) al fine di rimodulare la fattispecie integrante il divieto dei controlli a distanza, nella consapevolezza di dover tenere conto, nell'attuale contesto produttivo, oltre agli impianti audiovisivi (espressamente richiamati dall'ormai superato testo), anche degli strumenti “dai quali derivi la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori” e fino ad arrivare ad inglobare quelli “utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa”, evidentemente in modo adeguato rispetto allo sviluppo tecnologico da tempo in atto.

Fin dall'intitolazione del decreto legislativo è possibile comprendere come le esigenze sottese a tale manovra legislativa rispondano ad imperativi di ottimizzazione, velocizzazione ed efficientizzazione del meccanismo dei controlli a distanza di parte datoriale, quindi a necessità prettamente aziendali e conseguentemente meno attenti agli interessi personalistici dei lavoratori.

La normativa, com'era facilmente prevedibile, ha avuto un forte impatto sull'opinione pubblica ma anche su gran parte della dottrina ed ovviamente, in quanto soggetti direttamente interessati, sulle parti sociali che hanno immediatamente gridato alla violazione dei diritti della persona del lavoratore.

Persino il Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, Soro, è giunto ad affermare che con il nuovo decreto attuativo del Jobs act: “la possibilità del controllo dell'attività lavorativa e la conseguente utilizzabilità, anche a fini disciplinari, dei dati così acquisiti, diverrebbe in tal modo un effetto naturale del

contratto, in quanto finirebbe con il discendere naturalmente dalla costituzione del rapporto di lavoro”.

Ma occorre calarsi nel testo della nuova normativa per poter esprimere una valutazione ponderata sugli effetti delle modifiche sopraggiunte al vecchio divieto dell'art. 4 sugli equilibri tra gli interessi datoriali e quelli dei prestatori di lavoro.

Il rinnovato art. 4 Stat. Lav. assume oggi le seguenti forme: -1.“Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo gli impianti e gli strumenti di cui al periodo precedente possono essere installati previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. 2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze. 3. Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”.

1.2 Modifiche concrete ai primi due commi della vecchia normativa: il nuovo primo comma

Da una prima lettura della nuova formulazione dell'art. 4, è possibile rilevare sin da subito la scelta legislativa di espungere dall'ordinamento il dettato del vecchio comma primo e del principio di cui esso era portatore.

Si potrebbe sostenere che, ove la nuova formulazione della norma contenga una disciplina positiva e compiuta dei casi e delle modalità in cui l'utilizzo degli strumenti di controllo è consentito, allora l'affermazione di un divieto generale e “sovrastante”, è inutile, posto che tutto ciò che non risulta esplicitamente consentito deve ritenersi, quantomeno implicitamente, vietato.

D'altra parte però, a ben riflettere, per lo meno da un punto di vista dell'approccio sociologico, affermare che una certa attività è vietata e disciplinare poi i casi in cui a tale divieto è consentito derogare non è lo stesso che limitarsi a disciplinare (regolandoli) i casi in cui tale attività è consentita, se non altro per il fatto che nella prima fattispecie l'accento è posto sul divieto, mentre nella seconda l'attenzione è concentrata sui casi in cui l'attività è legittimamente esercitata.

Forse però, nonostante i rilievi tecnici sopra evidenziati, può sembrare ancora concettualmente azzardato desumerne un'abolizione completa del “divieto assoluto di controllo a distanza”, per cui i padri dello Statuto si sono tanto battuti al fine di sancire inderogabilmente una sfera protettiva della persona del lavoratore che fosse invalicabile da illecite interferenze da parte del datore di lavoro.

Proseguendo nel testo, infatti e senza dover porre in essere particolari sforzi esegetici, si può comprendere come, attraverso il palese richiamo dell'attuale primo comma alla lettera del secondo comma dell'art. 4, la riconosciuta tutela dai controlli a distanza sull'attività lavorativa continui ad essere presente mediante l'attribuzione della

garanzia sindacale anche alla forma più “blanda” di controllo a distanza, e cioè quella effettuata in via “collaterale” dagli strumenti utilizzati per la vigilanza sullo stretto adempimento della prestazione.

Il primo comma dell'attuale disposizione, di fatto riproduce, con qualche minimo gioco di termini, il testo del secondo comma del vecchio art. 4 Stat. Lav., riferendosi, infatti, al tipo di controllo “preterintenzionale” che il datore di lavoro può accidentalmente porre in essere (alle richieste condizioni) nel caso di utilizzo di apparecchiature per il controllo giustificate da superiori esigenze di produttività, organizzazione o sicurezza aziendali.

Alla stregua del secondo comma del precedente art. 4, il nuovo testo tende ad individuare e regolamentare le situazioni in cui il controllo a distanza di parte datoriale si distacchi da un'intenzionalità di controllo precipuo e diretto sull'attività svolta dal lavoratore e si configuri come un “sottoprodotto non voluto” di primarie esigenze, meritevoli anch'esse di tutela da parte dell'ordinamento, di ottimizzazione del prodotto finale aziendale.

Anzi, con la rinnovata formula secondo la quale, “gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori”, possono essere impiegati “esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale”, sembra possibile rilevare l'intento legislativo di eliminare qualsiasi incertezza residua circa eventuali dubbi di riferibilità della parziale deroga al divieto assoluto all'intenzionalità psicologica che muoverebbe il datore all'installazione dell'impianto.

Di fatto, nessun tipo di indagine soggettiva dovrà più essere effettuata dalla giurisprudenza che si troverà ad esaminare casi rientranti nel rinnovato primo comma, in quanto esso indubbiamente, ad oggi, è da ritenere che si riferisca all'eventualità in cui impianti che possano

consentire un controllo accidentale sull'attività del dipendente siano tollerati dalla disposizione in analisi unicamente sul presupposto di una loro giustificazione oggettiva di attaccamento a rilevanti esigenze aziendali, e non quindi su un'eventuale considerazione del controllo effettuato od effettuabile dai richiamati strumenti come “atto non originariamente voluto” dall'imprenditore.

Pare degno di nota l'argomento, da taluno in dottrina evidenziato, che il nuovo testo avrebbe introdotto una distinzione, prima non presente, tra “impiego” degli strumenti di controllo a distanza ed “installazione” di essi; ed infatti mentre il vecchio testo si limitava ad affermare che gli impianti audiovisivi e le altre apparecchiature che consentivano anche il controllo a distanza potevano essere installati ove richiesti da esigenze organizzative e produttive oppure per garantire la sicurezza del lavoro, e comunque previo accordo con le rappresentanze sindacali (ovvero previo provvedimento autorizzativo dell'Ispettorato), la nuova formulazione dichiara da un lato che gli strumenti in questione “possono essere installati previo accordo...”, dall'altro che “possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale”.

Pur esprimendo dubbi circa la ponderatezza di tale scelta normativa, si è ritenuto comunque che detta differenza di espressione non sia del tutto priva di significato e cioè in particolare serva a stabilire che la condizione legittimante per l'installazione degli strumenti è costituita (solo) dall'accordo (o dall'emissione del provvedimento autorizzativo da parte dell'autorità amministrativa a ciò preposta), mentre l'utilizzo di essi per finalità inerenti al rapporto di lavoro, ancorchè legittimamente installati, è subordinato (anche) al fatto che esso sia reso necessario dalle esigenze sopra evidenziate ⁹².

92 L. A. Cosattini, “Le modifiche all'art. 4 Stat. Lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?”, in *il Lavoro nella giurisprudenza* 11/2015.

Chiusa la parentesi sulla distinzione tra utilizzo e installazione degli strumenti, possiamo proseguire evidenziando il fatto che anche le rilevazioni compiute dalle apparecchiature così installate debbono ritenersi sottoposte al medesimo regime previsto nella vecchia disciplina.

Dette rilevazioni, appunto, potranno essere utilizzabili solo in coerenza con le legittime finalità che hanno consentito e giustificato l'impiego di tali mezzi, dovendo espungersi eventuali acquisizioni di dati relativi allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Ancora, la seppur lieve compressione dei diritti di dignità e riservatezza propri della persona del lavoratore, come già annunciato, viene attuata sulla base di un del tutto lecito temperamento di interessi rilevanti della controparte, di nuovo, però, alla condizione che l'installazione di detti strumenti sia sottoposta ad una procedura negoziale che consenta la predisposizione di un accordo circa l'an dell'installazione stessa con le rappresentanze sindacali.

Sotto questo aspetto, il potere di autonomia sindacale è lasciato completamente invariato (proprio per questo motivo qualcuno si è riferito a queste modifiche legislative col termine norme di “manutenzione”⁹³), salvo un chiarimento, necessario ma certamente non determinante, circa le rappresentanze sindacali competenti per presenza in azienda e per territorio alla stipulazione dell'accordo.

Il nuovo articolo attribuisce la legittimità alla stipulazione dell'accordo collettivo, infatti, alla rappresentanza sindacale unitaria (nell'ipotesi in cui non sia stata raggiunta la soglia minima dei dipendenti) (e chiarendo così qualsiasi dubbio sulla loro legittimazione all'accordo, dovuto dall'assenza di richiamo a dette rappresentanze dal testo previgente), alle rappresentanze sindacali aziendali e, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della

⁹³ Ancora L. A. Cosattini, “Le modifiche all'art. 4 Stat. Lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?”, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 11/2015.

stessa regione ovvero in più regioni, alle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Ovviamente l'esigenza alla base di detta procedura partecipativa, rimane quella di garantire che la deroga al divieto espressa dal comma venga temperata da un'installazione concordata dell'apparecchio richiesto tra la parte datoriale, portatrice dei propri interessi aziendali, e i rappresentanti degli interessi personali dei lavoratori, e dunque le parti sociali.

Di nuovo, si prevede che in mancanza del raggiungimento di un risultato contrattuale tra le parti interessate, sia la Direzione territoriale del lavoro (prima Ispettorato del lavoro, per cui è rilevabile solamente un adeguamento terminologico della disposizione all'attuale denominazione dell'organo amministrativo competente) o, in alternativa, “nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro”, il “Ministero del lavoro e delle politiche sociali”, a dover concedere l'autorizzazione all'installazione, la quale, pare si possa ritenere in mancanza di disposizioni contrarie, debba necessariamente anche dettare, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti.

Tale riferimento alla Direzione territoriale del lavoro sembra possa ancora leggersi come un intento legislativo di concedere un rimedio in capo al datore di lavoro per sciogliere prospettabili situazioni di stallo conseguenti al mancato raggiungimento di un accordo bilaterale con i soggetti legittimati.

A differenza del vecchio testo, qui si rinviene inoltre anche una “chiamata in causa” del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, a risoluzione di circostanze in cui, a causa di un dislocamento di unità produttive, ad essere competenti siano più Direzioni territoriali del lavoro.

Ma niente di illogico pare l'intervento di un'autorità superiore nel

dettare regole sulla materia, nell'eventualità in cui le altre autorità subordinate direttamente competenti siano più di una e dunque questo crei una situazione di incertezza e di possibile stasi nell'attività di legittima installazione di dispositivi motivati da esigenze imprenditoriali rilevanti.

Anzi, proprio nel senso di una maggiormente dettagliata regolamentazione delle ipotesi integrabili dall'ex art. 4, ci si può trovare d'accordo con quella parte della dottrina che sembra aver visto nel decreto attuativo del "Jobs act" una prima reale volontà di disciplinare, dopo anni di silenzio che forse hanno portato ad un superamento tecnologico della normativa, adeguatamente la materia dei controlli a distanza.

In merito alla parziale sopravvivenza della procedura compartecipazionale dei sindacati si ritiene opportuno aprire una breve riflessione relativamente al fatto che, pur più nello specifico regolamentata, essa, in assenza di una espressa disposizione, sembra presentare nuovamente il limite che già nella vecchia norma la caratterizzava; ovvero l'aspetto dell'ambito che tale contrattazione collettiva deve interessare.

L'ex secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav., infatti, prevedeva che l'esperimento della negoziazione sindacale vertesse unicamente verso l'an dell'installazione e dunque sulla possibilità che la predisposizione delle apparecchiature in questione potesse essere effettuata.

Sulla stessa scia parrebbe porsi, in assenza di direttive contrarie, anche il primo comma dell'art. 4 introdotto dal nuovo decreto attuativo.

Riprendendo precedenti considerazioni sull'argomento ⁹⁴, elaborate già dopo i primi anni di nascita della legge 300/1970, si può notare come probabilmente sarebbe stato maggiormente adeguato disporre espressamente che una simile procedura preventiva alla

⁹⁴ Cfr. P. Zanelli, "Per una nuova disciplina dei controlli sui lavoratori nella società tecnologica", in *Giurispr. it.* 1988.

predisposizione dell'impianto regolamentasse anche altri versanti della questione dell'installazione, come ad esempio il quomodo e il quantum dell'utilizzo delle apparecchiature contrattate.

Ciò avrebbe concesso un più ampio margine di operatività alle rappresentanze sindacali indirizzato ad una riduzione della discrezionalità nell'esecuzione dell'accordo da parte del datore di lavoro, che delimitasse ancor più i confini della deroga al controllo a distanza sulla prestazione.

Oltre all'ottica ancor più garantistica che emerge dall'osservazione sopra definita, vi si può scorgere anche, molto più superficialmente, un puro e semplice amor di logica che vorrebbe che, nel momento in cui si attribuisce una tutela, si tendesse a delinearla in modo completo, così da renderla “piena”.

Così, nella circostanza in cui si pone il limite del necessario previo passaggio per la procedura codecisionale con le rappresentanze sindacali sull'opportunità o meno dell'installazione di apparecchi sarebbe anche maggiormente conforme (a sigillo del divieto assoluto di controllo a distanza) che le R.s.a. potessero anche concordare le modalità di utilizzo dei sistemi coinvolti e la periodicità con cui il controllo preterintenzionale debba essere eseguito, così da escludere la possibilità di eventuali usi in contrasto alla normativa dell'art. 4 nell'effettiva messa in pratica del negozio.

Dunque, sulla base di questo primo comma del nuovo testo, poiché, come si è constatato sopra, non sono rilevabili consistenti mutamenti di regolamentazione, non sembrano nemmeno essere ipotizzabili rilevanti mutamenti di indirizzo in sede giurisprudenziale nella risoluzione di controversie sul tema di apparecchiature “potenzialmente” lesive del divieto di controllo a distanza sull'attività lavorativa.

Di conseguenza, anche secondo la più nuova regolamentazione, la violazione della disposizione in esame deve ritenersi integrata

dall'installazione di meccanismi di controllo avvenuta senza il preventivo esperimento della procedura imposta dall'attuale primo comma, indipendentemente poi da un loro effettivo utilizzo non conforme alle esigenze giustificative della deroga.

Perciò ancora oggi dispositivi che consentano, oltre al soddisfacimento di interessi di produttività imprenditoriale, anche un controllo aggiuntivo sulla prestazione lavorativa, dovranno essere sottoposti alla procedura partecipativa prevista, con l'effetto che, ove questo obbligatorio passaggio non sia stato effettuato, eventuali dati rilevati o provvedimenti conseguentemente emanati dovranno essere bollati di inutilizzabilità da parte della magistratura.

Ben potrebbero rientrare nella fattispecie prevista al sopravvenuto primo comma, le ipotesi di controllo a distanza che consentivano contemporaneamente un'osservazione (non illegittima) sul risultato della prestazione ed un'altra (assolutamente vietata) sullo svolgimento dell'attività lavorativa in sé.

Si è fatto il caso di un'apparecchiatura, attuabile nel lavoro a cottimo, che consenta di accertare (intenzionalmente ed in modo lecito) il numero di pezzi prodotti da ciascun dipendente, o che segnali l'esistenza di un prodotto difettoso, ma anche (in via accidentale e lesiva dei beni protetti dalla disposizione) l'individuazione del prestatore al quale sia imputabile la cattiva esecuzione della mansione svolta.

Ebbene tali apparecchi, ed altri affini che in via generale consentano oltre ad un controllo del risultato dell'attività lavorativa anche un controllo sul suo svolgimento, anche ai sensi della nuova normativa sul tema dovranno essere sottoposti, ai fini di una loro lecita installazione, al previo esperimento della procedura negoziale.

Anche nell'ipotesi in cui si presentino forme di lavoro in cui il risultato appare inscindibilmente connesso con l'attività del lavoratore (come

nell'esempio già esaminato dell'attività del collaudatore), la soluzione giurisprudenziale di una sostanziale esclusione di essa dai limiti posti dall'ex art. 4, dovuta all'essenzialità del controllo sull'attività solutoria ai fini della produzione del risultato (la qual cosa determinerebbe infatti l'assenza di un qualsiasi connotato lesivo del controllo attuato), è da considerarsi la medesima.

È importante evidenziare come fossero da ricomprendere nel vecchio secondo comma dell'art. 4 anche particolari meccanismi di rilevazione delle presenze e degli orari di ingresso ed uscita, meglio noti come “badges”.

Nell'interpretazione del legislatore precedente, i sopra citati sistemi erano da ritenersi connotati da potenzialità lesive dei diritti personali del lavoratore, poiché capaci di registrare informazioni su orari di ingresso ed uscita e, talvolta, anche l'identità di colui che effettua tali spostamenti che, se incrociati con altri dati lecitamente raccolti, possono consentire un controllo sulla durata della prestazione di lavoro dei dipendenti e quindi sulla sfera tutelata dal divieto assoluto.

In questa prospettiva, quindi, tali strumenti sono stati fino ad oggi obbligatoriamente condizionati al previo espletamento della procedura negoziale prevista allo scopo di rendere legittima la loro installazione.

Con il sopraggiungere del decreto legislativo del 2015, tuttavia, evidenti esigenze di snellimento delle procedure necessarie all'effettuazione di controlli a distanza da parte del datore di lavoro hanno di fatto eliminato questa tipologia di strumentazione dalla deroga prevista dall'ex secondo comma, per poter far espressamente rientrare detti badges nel nuovo testo del secondo comma che, come vedremo, si configura di una totalmente diversa impostazione.

Su tale punto però torneremo più avanti, nel corso della trattazione del secondo comma della nuova normativa.

Da ultimo, è necessario chiarire il fatto che, in conformità alla vecchia

normativa prevista all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, non essendo espressamente richiamate le tipologie di strumentazioni che potevano permettere un controllo a distanza sull'attività del lavoratore, la giurisprudenza precedente ha ritenuto di inglobare nel divieto assoluto anche l'effettuazione di un controllo a distanza mediante l'utilizzo degli strumenti di lavoro in dotazione ai dipendenti.

Proprio in ragione di questa affermazione l'eventuale installazione di programmi hardware e software che permettano l'accesso al pc aziendale in uso a ciascun singolo lavoratore, di sistemi che consentano la rilevazione dei tabulati telefonici emergenti dall'utilizzo del telefono aziendale e altri meccanismi che in qualsiasi modo incidano sugli strumenti di lavoro in possesso dei dipendenti spingendosi fino ad un'osservazione sull'attività posta in essere dal singolo prestatore di lavoro, veniva sottoposta alla procedura legale delineata dal secondo comma dell'art. 4.

Estremamente emblematico e in linea con la prospettiva legislativa sopra configurata, si presenta l'accordo sindacale aziendale tra la Società Acquambiente Marche SRL e le R.S.A. presenti nel settore, circa l'installazione di un impianto di geo-localizzazione satellitare, basato su tecnologia GPS, a bordo degli automezzi aziendali da parte del datore di lavoro, al fine di soddisfare esigenze organizzative e produttive e di tutela della flotta aziendale (che era stata di recente, quasi interamente rinnovata) (in particolare, si è convenuto sulla possibilità di localizzare geograficamente i veicoli su una mappa cartografica, di conoscerne velocità e direzione, ed infine di riscontrare anomalie tecnico-meccaniche dei veicoli ecc.).

é possibile fin da ora affermare che, secondo le direttive della nuova normativa in tema di controlli a distanza, tali accordi, come quello in esame relativo alla predisposizione di impianti GPS su mezzi aziendali, non saranno più necessari.

Il nuovo art. 4, infatti, contrariamente a quanto in precedenza normativamente imposto, ha inteso attribuire autonomo rilievo ai controlli effettuabili sugli strumenti in uso ai singoli dipendenti e necessari ai fini dello svolgimento della loro prestazione lavorativa, predisponendo un'apposita disciplina riferibile a questo tipo di controllo a distanza.

Non volendo però sottrarre la questione ad una sede più adeguata, ne rinviando la trattazione all'analisi del secondo comma del nuovo decreto attuativo della riforma.

1.3 Il tema dei controlli difensivi in relazione alla nuova disciplina

Per quanto attiene alla tematica dei controlli difensivi, che tanti contrasti giurisprudenziali aveva sollevato nel corso degli anni, è possibile intravederne un accenno normativo nel richiamo alla tutela del patrimonio aziendale tra le esigenze che giustificano l'installazione di un impianto di controllo a distanza.

Proprio questo punto potrebbe porre fine alle incertezze sulla rientrabilità o meno di detti controlli nell'ambito di operatività dell'art. 4 dello Statuto, che aveva visto delinearsi due approcci diversi da parte della giurisprudenza penale e quella giuslavoristica.

La prima infatti, si è detto, tendeva a “fare di tutte le erbe un fascio”, affermando tout court la legittimità dei controlli cosiddetti “difensivi” quando questi erano finalizzati a prevenire o accertare il compimento di atti illeciti, la seconda invece aveva superato negli ultimi anni tale orientamento, operando un distinguo nell'ambito di tale tipologia di controlli e giungendo così ad affermare che tali controlli sono soggetti alle garanzie procedurali di cui al vecchio testo della normativa sugli impianti audiovisivi quando sono “diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori” ma solo nei casi in cui “tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal

rapporto di lavoro, e non, invece, quando riguardino la tutela di beni estranei al rapporto stesso”.

Non si è mancato di notare che così argomentando, l'insegnamento giurisprudenziale “aveva aperto il varco ad un'ampia zona franca di (ritenuta) inapplicabilità dell'art. 4, ravvisabile ogni qual volta il controllo a distanza, pur consentendo più o meno preterintenzionalmente anche il controllo sull'attività lavorativa dei dipendenti, avesse come obiettivo primario, quantomeno apparente o dichiarato, quello di tutelare il patrimonio aziendale nei confronti di comportamenti illeciti”⁹⁵; e tale legittimazione è stata riconosciuta, è bene ricordarlo, anche con riferimento ai controlli aventi le caratteristiche ora ricordate ed eseguiti con modalità occulte.

Con la modifica normativa recentemente introdotta, però, il Legislatore ha espressamente ricondotto i controlli finalizzati alla tutela del patrimonio aziendale fra quelli disciplinati dall'art. 4: in particolare ha stabilito che anche l'impiego degli strumenti di controllo per finalità di tutela del patrimonio aziendale richiede e presuppone il previo esperimento della procedura autorizzativa disciplinata dal secondo comma, con ciò ineludibilmente escludendo che la finalità di tutela del patrimonio aziendale consenta, di per sé, di dar corso all'instaurazione delle apparecchiature necessarie e dall'esecuzione dei controlli senza il rispetto della procedura autorizzativa prevista dal (nuovo) comma 1 dell'art. 4.

é sicuramente vero che l'inciso introdotto nel testo del comma non afferma esplicitamente che la procedura autorizzativa deve trovare applicazione anche quando oggetto del controllo sia il compimento di atti illeciti, ma ponendo l'accento sull'esigenza sottostante (quella di tutelare il patrimonio aziendale) anziché sull'oggetto dell'attività, sembra raggiungere comunque il medesimo risultato e non consentire

⁹⁵ Vedi L. A. Cosattini, “Le modifiche all'art. 4 Stat. Lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?”, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 11/2015.

distinzioni di sorta.

Sembrerebbero dunque poste le premesse legislative per una quasi totale revisione del prevalente orientamento giurisprudenziale (sia in campo penale che civile) dell'ultimo decennio in materia di “controlli difensivi”, e dunque, forse, anche la conclusione (nei limiti sopra richiamati) della loro estraneità all'ambito di applicazione della normativa di cui all'art. 4 Stat. Lav.

Si può tentare comunque di analizzare alcune tipologie di casistiche presentabili attraverso una comparazione con l'ex secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav. che, come abbiamo già evidenziato, è stato quasi interamente riprodotto dall'attuale primo comma, tenendo a mente l'innovativa inclusione della tutela del patrimonio aziendale tra le esigenze giustificative dell'installazione tramite procedura negoziale, ed effettuare delle prime riflessioni sull'argomento, qualora il controllo difensivo integri l'ipotesi sopra richiamata.

Infatti, sulla base di una lettura del nuovo primo comma di cui al decreto attuativo (che come si è già riferito più volte, contempla l'esperimento della procedura sindacale), si può osservare che non sarà più necessario, nel caso in cui un datore intenda porre in essere un controllo difensivo del patrimonio, effettuare un'indagine sulle caratteristiche dello strumento che si vuole installare volta ad individuare con precisione non solo l'attuale e precipuo oggetto del controllo, ma anche un oggetto potenziale di esso al fine di valutare un'eventuale ricaduta di tale strumentazione nell'ambito operativo del divieto di controllo a distanza sull'attività lavorativa.

E ciò perchè la necessaria subordinazione dell'installazione degli strumenti richiesti alla procedura partecipazionale con le rappresentanze sindacali dovrà essere valutata esclusivamente sul presupposto della volontà del datore di lavoro di porre in essere un controllo finalizzato alla tutela del patrimonio dell'impresa e non a

causa della rilevazione di una potenziale capacità della macchina al controllo sull'esatto adempimento della prestazione lavorativa.

Allo stesso modo però della previgente disciplina dell'art. 4 il controllo effettuabile tramite l'impianto richiesto sarà da ritenersi illegittimo anche sulla base delle nuove disposizioni, qualora non sia stata adempiuta la condizione del previo esperimento della procedura codecisionale prevista al primo comma.

Tipica era la fattispecie riguardante l'installazione di telecamere di videosorveglianza in particolari locali in sicurezza, ad esempio all'interno di una banca, i quali richiedono per le loro caratteristiche intrinseche l'installazione di sistemi che rilevino l'eventuale compimento di atti di aggressione al patrimonio aziendale, ma che, per la conformazione dei luoghi, consentano un'osservazione aggiuntiva sulla prestazione di lavoro da parte dei dipendenti.

Ebbene, in una tale ipotesi, ieri come oggi, in linea con le disposizioni in materia, l'installazione dei dispositivi interessati dovrà essere necessariamente sottoposta alla procedura negoziale con le rappresentanze sindacali aziendali, che consenta di giungere alla predisposizione di una serie di cautele a tutela della riservatezza e dignità dei lavoratori.

Dunque l'imprescindibile passaggio per l'accordo sindacale (o in mancanza, l'atto autorizzativo dell'autorità competente) è previsto, in tale ipotesi, anche in seguito all'intervento delle modifiche legislative, tuttavia le ragioni per cui l'installazione del dispositivo debba essere concordata si presentano diverse; infatti nell'elaborazione giurisprudenziale scaturita dalla vecchia previsione la necessità di un tale accordo si giustifica sul fondamento di potenzialità collaterale di controllo sulla prestazione di lavoro, nel significato della recente riforma, invece, il motivo reggente la doverosa soddisfazione della condizione sarebbe da individuarsi unicamente nell'oggetto verso la

tutela del quale il controllo intende essere attuato; ovvero il patrimonio.

Completamente nuova, probabilmente, sarebbe la prospettiva, sulla base delle nuove disposizioni sul controllo a distanza, ed in particolare per quanto espresso dal nuovo testo del secondo comma, nell'eventualità in cui i richiesti controlli difensivi di parte datoriale siano da effettuare mediante l'utilizzo di tecnologie inerenti gli strumenti lavorativi di cui il dipendente dispone.

Per il caso in cui, appunto, il datore di lavoro intenda attuare un controllo su dispositivi aziendali quali tablet, smartphone, automezzi di proprietà dell'impresa ed in uso ai lavoratori che, nello specifico, nei primi due casi consentano ad esempio, attraverso l'installazione di appositi programmi, di rilevare l'accesso a siti esorbitanti la sfera della prestazione lavorativa, od ancora l'effettuazione di chiamate extra-lavorative mediante l'utilizzo dello strumento in dotazione, ed infine l'impostazione di sistemi satellitari (GPS) su autovetture di proprietà dell'impresa, che consenta la tracciabilità del percorso compiuto al fine di una verifica della conformità dello stesso all'adempimento degli obblighi lavorativi, queste fattispecie dovranno trovare collocazione nella normazione del secondo comma.

Dunque, poiché il secondo comma prevede una deroga al primo, la quale esenta dall'applicazione della procedura legale l'installazione degli strumenti menzionati, se ne può far derivare che, ove vi sia la volontà di attuazione di un controllo difensivo mediante detti dispositivi, tale tipologia di vigilanza potrà essere attuata senza la previsione di alcun limite in capo alla parte datoriale.

Il datore di lavoro, quindi, in circostanze di sospetto comportamento illecito del dipendente (che, ricordiamo, può anche assumere natura meramente contrattuale, in violazione dei suoi obblighi), attuato mediante l'uso degli strumenti in dotazione, e perciò consistente in

violazione degli obblighi contrattuali data dalla sottrazione di tempo alla prestazione lavorativa nell'impiego in attività del tutto estranee al suo adempimento, o ancora un possibile attentato al patrimonio aziendale attraverso l'esposizione del sistema di interconnessione aziendale a malware informatici che potrebbero intaccarne la consistenza, può del tutto lecitamente installare programmi di elaborazione informatica che consentano la rilevazione delle sopra menzionate attività illegittime.

Si comprende quindi come, nella circostanza in cui gli strumenti interessati dall'installazione di dispositivi per il controllo a distanza siano strumenti necessari all'espletamento dell'attività lavorativa per mano del dipendente, tale predisposizione non sia assolutamente condizionata all'esperimento della procedura legale, e ciò esclusivamente guardando alla natura dell'oggetto coinvolto nell'installazione, non nel controllo.

In questa fattispecie il legislatore, con ogni probabilità, ha inteso privare di rilevanza l'esigenza di protezione del patrimonio imprenditoriale alla base dell'attività di vigilanza per attribuire forse un ruolo ancora maggiore all'interesse del datore di lavoro di poter porre in essere un controllo sull'esatto adempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore.

Il risultato che sembra prospettarsi sul tema appare quello di un totale disinteresse verso i fini che muovono il datore all'attuazione di un controllo sugli strumenti lavorativi ed in contemporanea una totale esenzione di questi da vincoli legali al loro espletamento.

Per una verifica di ciò, ovviamente, occorrerà attendere future decisioni giurisprudenziali in materia.

Altra ipotesi di controlli difensivi che non incontrava limiti alla sua effettuazione era quella, riconosciuta dalla vecchia normativa, che potremmo definire in forma “pura”, in quanto completamente estranea

a ripercussioni sulla prestazione lavorativa e quindi alla lesione del bene protetto dalla normativa di cui all'ex art. 4 (si è visto il caso dell'utilizzo di apparecchi finalizzati alla tutela di beni esorbitanti dal rapporto di lavoro e strutturati in maniera tale da entrare in funzione al di fuori dell'orario di lavoro), si dichiarava, la totale non rientrabilità di controlli in tal modo attuati nel divieto di controllo a distanza mediante l'utilizzo di impianti audiovisivi.

Come già evidenziato più sopra questa diversa forma di attività di sorveglianza volta alla tutela di beni non tutelati dall'art. 4, ma ugualmente meritevoli di protezione, come esemplificativamente il patrimonio aziendale o la relazione fiduciaria tra le due parti interessate nel contratto di lavoro, non ha trovato ostacoli di sorta nella passata interpretazione giurisprudenziale che tendeva a riconoscere un'area di liceità ai controlli difensivi.

Volgendo lo sguardo però alle più recenti disposizioni sul tema si ritiene opportuno rilevare un diverso atteggiamento regolamentativo.

Dall'inclusione della necessità di tutela patrimoniale tra le esigenze giustificative del primo comma, è possibile desumere che un eventuale controllo difensivo che si prospetti totalmente estraneo all'attività lavorativa, non sia da sottoporsi ad un diverso trattamento rispetto alle altre tipologie di controlli difensivi ipotizzabili, poiché ove l'oggetto verso il quale il controllo datoriale sia rivolto si individui comunque nel patrimonio dell'azienda, detta attività di sorveglianza dovrà essere in ogni caso subordinata al raggiungimento di un accordo sindacale o all'ottenimento dell'autorizzazione prevista.

Forse, dall'analisi delle nuove modifiche sul tema dei controlli difensivi, ci è permesso dedurre il fatto che il bene protetto dalla normativa dell'art. 4 stia volgendo ad una sua trasformazione, nel secondo che sulla base delle rilevazioni fin'ora effettuate non pare emergere la definizione di uno schema normativo volto ancora alla

tutela dell'oggetto a cui si riferisce e dal bene protetto dal divieto assoluto di controlli a distanza (ovvero l'attività lavorativa), bensì sembra darsi risalto all'interesse imprenditoriale alla conservazione del proprio patrimonio aziendale che, seppur alle condizioni tuttora poste dalla norma, pare essere sempre, anche nella definita differenza tra i controlli richiesti al primo comma e quelli effettuabili sugli strumenti di cui al secondo comma, riconosciuta.

A ben guardare, però, dal consenso giurisprudenziale nei confronti di tali controlli a protezione di illeciti a danno della sfera aziendale nascente dalla lettura del disposto della previgente normativa, è possibile far emergere una contraddizione in essere, rispetto al divieto di controlli a distanza sull'attività lavorativa, di non poco conto, che forse un rinnovato interesse regolamentativo in materia potrebbe giungere a sanare.

Infatti, scendendo nell'analisi pratica di una possibile effettuazione di un controllo difensivo da parte del datore e volendo epurare l'argomento da qualsiasi imposta cecità di fondo, cerchiamo di strutturare alcune ipotesi tipiche presentabili; poniamo la circostanza in cui un datore di lavoro, in odor di illecito (contrattuale o penale che sia) nei riguardi di un suo dipendente, intenda attuare un controllo difensivo al fine di accertare la condotta del lavoratore sospetto.

Mettiamo quindi che il datore di lavoro faccia installare delle telecamere che consentano la ripresa dell'area in cui è posta la “cassa” con cui vengono effettuate le transazioni economiche dell'esercizio e, in maniera collaterale, una porzione della prestazione lavorativa del dipendente.

Ancora, potrebbe porsi il caso in cui, ove il datore di lavoro sospetti un utilizzo non conforme agli obblighi contrattuali dell'automezzo di proprietà dell'azienda, predisponga un dispositivo GPS sulla stessa che delinei l'esatto tragitto tracciato dal dipendente.

Il forte connotato in contrasto con la logica garantista che da sempre ha caratterizzato l'ambito dei controlli a distanza starebbe proprio, nell'eventualità, pur realizzabile, in cui dai sopra richiamati controlli non emergano gli estremi dei reati dai quali dette attività hanno tratto la loro giustificazione.

In parole povere; che fare nel caso in cui un'attività di vigilanza, talvolta continua, occulta e penetrante non abbia prodotto i risultati in precedenza delineati?

Silenzio.

E silenzio, potremmo dire, totale secondo le disposizioni dell'ormai vecchia normativa sul tema dei controlli a distanza, che ancor più rigidamente ne suggellava il divieto assoluto e proprio nell'ipotesi in cui tale divieto rischiava fortemente di essere posto in pericolo.

Ipocrisia parziale, invece, per quanto riguarda la nuova disciplina sul tema che, nella seconda prospettazione, probabilmente, attribuirebbe un'autorizzazione libera da vincoli a controlli sia sull'attività lavorativa, che su comportamenti illeciti del dipendente, mentre, più illogicamente, nel primo esempio (afferente ad impianti di videosorveglianza, perciò non rientranti nella definizione di strumenti lavorativi) si troverebbe ad assumere un atteggiamento totalmente opposto alla vecchia normativa, rinnegando integralmente la possibilità di effettuare un siffatto tipo di controllo in mancanza di espletamento della procedura legale.

Quindi da una parte, le recenti disposizioni sembrano approntare una tutela, in linea col vecchio dettato dell'art. 4, ai diritti di dignità e riservatezza del lavoratore nello svolgimento della propria mansione, dall'altra, quando le apparecchiature utilizzate attengano agli strumenti di lavoro, sembrano guardare con maggior attenzione agli interessi datoriali alla preservazione del patrimonio, concedendo una specie di licenza per qualsiasi tipo di controllo.

Non pare azzardato, a parere di chi scrive, desumere da questa discrasia regolamentare l'incertezza del Legislatore circa il destinatario della tutela emanante dall'art. 4 Stat. Lav.; mentre il precedente disegno normativo non sembrava mostrare dubbi sul bene bisognoso di protezione nei confronti dei controlli a distanza, l'attuale schema regolamentare, sull'influenza degli anni, pare rilevare segnali di cedevolezza rispetto alla posizione assunta in precedenza sul bilanciamento degli interessi contrapposti e distaccarsi in parte, e forse neanche troppo efficacemente, dallo schieramento garantistico adottato in precedenza, senza assumere, allo stesso tempo, una posizione netta sulla scelta del bene da proteggere tramite l'intervento di modifica normativa.

Guardando alle due discipline, comunque il datore di lavoro si ritroverebbe in possesso di informazioni relative all'attività di lavoro senza aver neppure ottenuto l'accertamento del compimento del sospettato illecito.

Il datore di lavoro in conformità alla previgente disciplina avrebbe comunque, in dette circostanze, violato di fatto le disposizioni a tutela dell'attività lavorativa ricollegate ai diritti personali alla dignità e riservatezza del lavoratore in attuazione di un controllo difensivo scoperto privo delle sue esigenze giustificative e come tale, anche se a posteriori, da dichiararsi illecito.

A riguardo, invece, la giurisprudenza sembrava aver assunto un atteggiamento quasi “omertoso”, sulla base del quale con ogni probabilità si era sviluppata una prassi per cui un datore di lavoro che abbia posto in essere una serie di controlli volti all'accertamento di un fatto illecito, che in seguito è rimasto non provato in quanto tali attività non hanno condotto al risultato ricercato, e si ritrovi quindi nella sua disponibilità una più o meno cospicua raccolta di dati relativi al lavoratore posto “sotto indagine”, possa mettere a sottacere la vicenda

e, nella migliore delle ipotesi, ignorare la massa di informazioni sullo svolgimento della prestazione così ottenuta.

Da quanto emerge invece dal nuovo primo comma della disposizione, nell'eventualità in cui siano state rispettate le condizioni legittimanti l'installazione degli apparecchi, l'imprenditore si troverà legittimamente nella suddetta situazione e illegittimamente per il caso in cui i presupposti non siano stati soddisfatti.

Stando alla lettera del secondo comma, infine, come modificato dal decreto attuativo, le informazioni ottenute dalla vigilanza posta sul mezzo di svolgimento della prestazione di lavoro e di registrazione degli accessi e delle presenze potranno probabilmente definirsi lecitamente nella disponibilità del datore.

Forse si può riconoscere alle nuove direttive sul tema il merito di aver definito, e probabilmente tale regolamentazione può estendersi anche al risultato dell'effettuazione dei controlli difensivi, una reale regolamentazione delle modalità di utilizzo dei dati acquisiti anche in questo senso (come da terzo comma del nuovo art. 4), regolamentazione, questa, che viene attuata attraverso il richiamo della norma a “tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”.

Si può tentare di prevedere che la citata disposizione, di cui al nuovo terzo comma, porterà a limitare quantomeno le possibili vie di utilizzo nel rispetto delle altre due condizioni poste dal comma (e cioè l'obbligo di adeguata informativa sulle modalità d'uso degli strumenti e il rispetto del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196), e “ai fini connessi al rapporto di lavoro”, dei dati raccolti relativi alla persona del lavoratore, nel senso qui trattato e dunque a seguito di controlli difensivi, da parte del datore di lavoro.

Aspetto sicuramente totalmente assente nella previgente norma, per lo meno relativamente all'ipotesi di controlli volti all'accertamento di illeciti non giunti ad un risultato concreto.

Il richiamo, però, tra le condizioni legittimanti l'utilizzo delle informazioni ottenute ad un' "adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli", ad una riflessione più approfondita, sembrerebbe porre in dubbio la liceità di controlli difensivi esperiti in modalità "occulta" (in quanto un'informativa sulle modalità d'uso degli strumenti di vigilanza e dell'effettuazione di tali controlli escluderebbe di per sé il carattere occulto degli stessi) (forma, tra l'altro, da sempre riconosciuta dalla giurisprudenza penale e giuslavoristica poiché inoltre maggiormente efficace allo scopo).

Tuttavia, seppur non senza difficoltà, tale dubbio potrebbe essere sciolto accennando all'assenza del carattere della "previetà" che non risulta essere stato attribuito all'adeguata informativa contemplata dalla norma al fine di permettere l'utilizzazione dei dati raccolti, cosicché astrattamente, in quanto non espressamente disposto, il datore di lavoro ben potrebbe addurre il rispetto della condizione prevista recando al proprio dipendente, in un secondo momento, le informazioni necessarie.

Secondo altra parte della dottrina, invece, una chiave di lettura potrebbe essere rinvenuta nel fatto che la disposizione limitativa del nuovo comma 3 si riferirebbe solo all'utilizzabilità delle informazioni raccolte, non alla legittimità dei controlli, con il corollario che i controlli sono leciti anche se eseguiti occultamente, ma le informazioni recepite risulterebbero utilizzabili "a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" ove raccolte in presenza delle condizioni poste dal comma 3; e con l'ulteriore conseguenza che per finalità diverse da quelle direttamente riferite al rapporto di lavoro (come ad esempio per finalità di repressione di condotte che integrano reato) essi risultano utilizzabili a prescindere dalle condizioni di cui al comma 3.

In conclusione le prove raccolte con i controlli a distanza

risulterebbero inutilizzabili se raccolte in assenza delle condizioni di cui al comma 3 e finalizzate al rapporto di lavoro, utilizzabili anche in assenza delle condizioni di cui al comma 3 se finalizzate alla prevenzione e/o repressione di reati ⁹⁶.

Tuttavia, non pare azzardato riferire che, forse, una miglior chiarificazione normativa sull'argomento avrebbe portato ad una regolamentazione più completa delle problematiche scaturenti dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori e addirittura ad una ridefinizione più limpida del concetto di controllo a distanza sulla base di un ripensamento più adeguato alla presente epoca degli interessi sottesi a tale normativa.

A dire magari che, talvolta, l'esigenza del datore di lavoro di effettuare un controllo mediante strumenti a distanza al fine di rilevare il corretto adempimento della prestazione lavorativa o l'accertamento di un sospettato compimento di un atto illecito da parte di un suo dipendente non sia da ritenersi un fatto scandaloso da tollerare in parte, di fronte all'eventualità che beni di importanza primaria, ma di parte datoriale, siano stati lesi, ma da non riuscire a conoscerne più l'iter regolamentare da percorrere nel caso in cui non si riesca a provare il concretarsi della violazione dei richiamati beni.

Di modo da evitare, e in questo senso con la recente modifica ci si è riusciti, il verificarsi di situazioni paradossali che spingano il datore di lavoro ad un'inventiva quasi “fantastica” al fine di effettuare un tipo di controllo, almeno secondo la logica di qualcuno, abbastanza lecito, sull'accertamento del reale svolgimento delle mansioni attribuite dal contratto di lavoro.

Ci si intende riferire a fattispecie concretamente verificatesi, come ad esempio quella sottoposta all'attenzione della Cassazione il 27 maggio 2015.

⁹⁶ L. A. Cosattini, “Le modifiche all'art. 4 Stat. Lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?”, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 11/2015.

Si è discusso il caso del responsabile del personale di un'azienda metalmeccanica che, insospettito da una serie di comportamenti di un dipendente che si intratteneva al pc aziendale in maniera insolita allontanandosi spesso dalla postazione di lavoro per conversare al telefono bloccando il macchinario al quale era addetto, aveva creato un profilo simulato di donna su un social network con il quale adescava il lavoratore al fine di ottenere le prove dei suoi comportamenti illeciti nel corso della prestazione lavorativa.

Il dipendente, in effetti, durante l'orario di lavoro si intratteneva a chattare con il profilo del social network durante l'orario di lavoro e sul posto di lavoro come emergeva dalla geolocalizzazione effettuata tramite il social network.

La Corte di Cassazione, chiamata a decidere sull'impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore che contestava la legittimità del controllo occulto a suo danno, pur sostenendo la necessità di un bilanciamento tra il potere di controllo del datore di lavoro e la privacy del dipendente, ha escluso che il controllo effettuato fosse illecito in quanto “difensivo” perchè finalizzato a tutelare i beni del patrimonio aziendale ovvero la perpetrazione di comportamenti illeciti e realizzato solo ex post a seguito di precedenti riscontri sulla negligenza.

Si è concluso quindi che la creazione di un profilo falso non costituisce una condotta illecita né la violazione del principio di correttezza e buona fede in quanto costituisce una mera modalità di accertamento dell'illecito commesso dal lavoratore non invasiva né deduttiva dell'infrazione.

Inoltre, ad avviso della Corte, il controllo effettuato dal datore di lavoro non costituisce, peraltro, un controllo sulla prestazione ma un controllo difensivo, attuato ex post, in quanto finalizzato a verificare l'abbandono da parte del lavoratore del macchinario al quale era addetto con modalità tali da porre in pericolo la sicurezza dell'impianto

e degli altri lavoratori ⁹⁷.

Ebbene, secondo il pensiero di una porzione, forse ancora minoritaria, della dottrina, la via, sopra riferita, verso un controllo a tutela degli interessi aziendali dovrebbe ritenersi eccessivamente onerosa per il datore di lavoro che dovrebbe vedersi riconosciuto il suo diritto ad una verifica della conformità a contratto delle mansioni svolte dai propri dipendenti ex lege.

L'attuale terzo comma dell'art. 4 avrebbe in parte cercato di porre rimedio a questo tipo di necessità imprenditoriali, legittimando, come si è già specificato più sopra, qualsiasi forma di sorveglianza che insista sullo strumento necessario allo svolgimento della prestazione lavorativa; dunque la controversia esaminata troverebbe allo stesso modo la medesima soluzione ricevuta dall'esegesi della superata normativa, ma questa volta tale riconoscimento della liceità dell'attività posta in essere dal responsabile del personale avverrebbe non sulla base di una “creazione giurisprudenziale”, bensì attraverso la lettura stretta della lettera della norma, che esplicitamente pare liberare da vincoli qualsiasi tipo di attività che il datore di lavoro intenda attuare mediante le strumentazioni sopra menzionate (oltrechè gli “strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”).

Trattamento completamente diverso pare prospettarsi di fronte a situazioni in cui il datore di lavoro avverta la necessità di attuare comunque controlli difensivi, ma le circostanze richiedano l'installazione a tal fine di impianti estranei ai mezzi strumentali alla mansione; ben potrebbe presentarsi il caso della predisposizione di dispositivi audiovisivi per la vigilanza su particolari aree aziendali allo scopo di accertare il compimento di furti a danno del patrimonio dell'impresa.

Con l'inclusione della “tutela del patrimonio aziendale” tra le esigenze

⁹⁷ Cass. 27 maggio 2015, n. 10955, D.D.La. c. P.A. Srl.

giustificative di cui al primo comma, si è già specificato, se ne deriva che l'effettuazione di un controllo volto all'accertamento di illeciti di parte datoriale, dovrà essere necessariamente sottoposto all'esperimento della procedura di contrattazione sindacale in precedenza prevista al fine di soddisfare esigenze produttive, organizzative e di sicurezza del lavoro.

È probabile che la rivisitazione in questo senso del vecchio secondo comma porti con sé conseguenze meno favorevoli dalla parte degli interessi dell'impresa, poiché con l'introduzione della condizione del raggiungimento dell'accordo sindacale (o comunque dell'atto autorizzativo) si è impresso un carattere di trasparenza alla messa a punto delle installazioni richieste.

Ove però la ragione di tale esigenza sia da ricondurre a motivi di conservazione del patrimonio, la conseguenza logica sarebbe da individuarsi nella privazione della forma forse più efficace di attuazione di controlli siffatti; e cioè quella occulta, la quale, proprio per il suo aspetto “inaspettato”, forse, potrebbe rilevarsi la più idonea a cogliere l'atteggiamento illecito “in flagrante”.

In conclusione si può osservare che, a parere di chi scrive, neppure con l'attuale riforma si è giunti ad una normazione esaustiva del tema e la ragione di tale incompletezza potrebbe farsi ricondurre, senza rischiare di cadere troppo nell'esagerazione, nell'incertezza e assenza di univocità circa l'individuazione del bene protetto dalla norma (che poi costituirebbe anche la ratio della disciplina stessa, la quale consentirebbe inoltre operazioni esegetiche di non poco conto).

Si intende sostenere che il Legislatore, ad un occhio esterno, non sembra aver mostrato il coraggio di prendere una posizione circa il destinatario della tutela approntata dalla normativa, e nemmeno l'ottica del bilanciamento di interessi potrebbe trovare una giustificazione ai due contrastanti commi, in quanto la predisposizione di una tutela nei

confronti dell'attività lavorativa rinvenibile nell'attuale primo comma si può ritenere basata sulla medesima ratio della vecchia disciplina (ovvero la protezione dell'attività lavorativa stessa), mentre la ragione posta alla base della deroga di cui al nuovo secondo comma può rinvenirsi nella mera configurazione della natura dell'oggetto sul quale un impianto (legittimato dai più svariati interessi) si intende predisporre.

1.4 Il nuovo secondo comma

Passando ad analizzare ora il secondo comma dell'ultima disciplina in esame, è possibile notare fin da subito come esso definisca un'ampia deroga alla direttiva precedente.

Vi si legge infatti che: “la disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”.

Qui, dunque, in sostanza viene negato tutto quanto affermato al primo comma.

Viene posta una deroga totale al disposto precedente sulla sola base della natura dell'oggetto su cui si intende proseguire all'installazione del dispositivo di controllo.

Gli obblighi sopra imposti al fine di predisporre gli impianti richiesti da esigenze organizzative, produttive, per la sicurezza del lavoro e la tutela del patrimonio non devono trovare applicazione per il caso in cui tale attività di controllo voglia essere attivata sugli strumenti mediante i quali il lavoratore esplica la propria prestazione o per quanto attiene ai sistemi di registrazione degli accessi e delle presenze (ovvero i già menzionati “badges”).

Sicuramente siffatto disposto si pone in linea con il disegno generale della riforma del lavoro del “Jobs act”, il quale sembra mirare, senza

troppi giri di parole, ad una semplificazione di molte delle procedure che l'impresa deve effettuare al fine di “conquistare i propri diritti” nei confronti dei lavoratori.

Così infatti l'abolizione dell'art. 18 ancora dello Statuto dei lavoratori da cui consegue l'esclusione di principi come la sussistenza di “giusta causa” o di un “giustificato motivo oggettivo” a fondamento di un licenziamento del dipendente, o ancora la stessa intitolazione del decreto legislativo 151 riguardante proprio gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti per il controllo, che infatti, come già ricordato recita: “disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese...”.

Vi si legge, appunto, che nel caso in cui il datore di lavoro intenda effettuare controlli tramite l'utilizzo di strumenti adoperati dal lavoratore nell'espletamento della propria prestazione lavorativa, esso sarà esentato, esclusivamente ove tali circostanze siano integrate, dal soddisfacimento delle condizioni richieste al primo comma.

Al fine dell'installazione di apparecchiature per il controllo a distanza su strumenti di lavoro, il datore non sarà obbligato a giustificare tale attività mediante l'affermazione di esigenze produttive, organizzative e di sicurezza del patrimonio aziendale, né al previo passaggio per la procedura di negoziazione con le rappresentanze sindacali.

L'ambito di applicazione della norma, si nota, è ben delimitato: strumenti “che servono al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” sono solamente quelli strettamente necessari (serventi, secondo la procedura organizzativa predisposta dall'imprenditore) a tale scopo, non quelli che servono per realizzare diverse funzioni, quali, in particolare, l'esercizio di diversi poteri datoriali.

In particolare, se certamente servente all'esecuzione della prestazione da parte del lavoratore può dirsi l'installazione e l'uso di un qualsivoglia applicativo informatico amministrativo-gestionale, un

tanto non può dirsi per un programma che, per ipotesi, abbia una funzione di controllo o monitoraggio (come nel caso dei ben noti programmi “Super Scout” o “Blues”) perchè questi non possono dirsi necessari per rendere la prestazione, ma funzionali all'esercizio del potere di controllo, che è cosa diversa ⁹⁸.

Dall'eliminazione dal testo della normativa del richiamo all' “accordo con le rappresentanze sindacali” appare quasi scontata l'affermazione secondo cui questa previsione ha di fatto sottratto parte del potere negoziale, e di conseguenza regolamentare, alla contrattazione sindacale, e ciò abbastanza palesemente è avvenuto in un'ottica di favore nei confronti degli interessi che dall'altro lato della bilancia, lo abbiamo ripetuto più volte, non hanno trovato forse, pur vedendosi riconosciuti come meritevoli sulla carta, un'adeguata legislazione di tutela; ci si riferisce infatti agli interessi della controparte datoriale.

Proprio nel nuovo secondo comma dell'art. 4 risiede infatti la “pietra dello scandalo” delle modifiche alla vecchia disciplina ed in particolar modo nel richiamo dello stesso agli “strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” da cui, in un mondo del lavoro nel quale le dotazioni informatiche (computer, smartphone, tablet, lettori ottici, rilevatori GPS ecc. ecc.) sono ormai parte integrante ed imprescindibile della strumentazione che il lavoratore deve necessariamente utilizzare nello svolgimento della propria attività e, soprattutto, consentono di acquisire una mole enorme di dati e notizie sulla modalità di svolgimento di essa, può osservarsi, sotto gli occhi di tutti, una portata esplosiva del nuovo dettato normativo, capace di sottrarre l'intero “comparto” alla disciplina limitativa ed autorizzativa imposta dal primo comma dell'art. 4 e quindi significare una perdita di tutele in capo al lavoratore subordinato davvero significativa.

Anzi, a ben vedere l'effetto della nuova disposizione potrebbe essere

⁹⁸ A. Sitzia, “I controlli a distanza dopo il “Jobs Act” e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa”, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 7/2015.

addirittura quello di fare tabula rasa di ogni forma di tutela, attesa l'ampiezza delle locuzioni utilizzate dal Legislatore ⁹⁹.

Infatti, sembra lecito ipotizzare, stando al dato letterale della norma, che nell'ambito degli “strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” rientrino non solo i mezzi informatici, ma anche il tornio, la pressa, il muletto, e verosimilmente l'autovettura e così via; ed allora a questo punto il datore di lavoro sarà legittimato, senza la necessità di alcuna procedura autorizzativa, ad utilizzare software che rilevano i tempi di lavoro dei macchinari e la relativa produttività, così come i rilevatori GPS che rilevano gli spostamenti dell'auto e a controllarne le risultanze; per non parlare, ovviamente, di tutte le implicazioni che coinvolgono il traffico dati mediante strumenti informatici (accessi ad internet, posta elettronica, social networks e molti altri).

Nel novero degli “strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze” è più che plausibile far rientrare, oltre ai classici cartellini marcatempo ed ai più moderni badge, anche gli impianti di registrazione audiovisiva ed ogni altra apparecchiatura idonea a rilevare la presenza nell'ambito dell'intera area ove si svolge la prestazione di lavoro.

Ci si è chiesti, anzi, anche se con il termine “accessi” il Legislatore abbia voluto far riferimento solo all'accesso “fisico” del lavoratore ai luoghi ove si svolge la sua attività, oppure anche all'accesso “informatico” a siti internet, dati, informazioni, ecc.

Si ritiene possibile poter prendere sin da subito le distanze dall'opzione interpretativa proposta da un autore, per cui “la violazione del secondo comma debba essere intesa come divieto della trasformazione di uno strumento di lavoro in uno strumento esclusivamente di controllo (mediante magari l'impiego di “keyloggers” o di applicativi di analoga

⁹⁹ L. A. Cosattini, “Le modifiche all'art. 4 Stat. Lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?”, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 11/2015.

funzione)”¹⁰⁰.

Tale interpretazione, oltre a non trovare alcun elemento testuale a suo sostegno, pare nulla aggiungere a quanto già previsto in termini di tutela dal comma 1¹⁰¹.

Per amor di trattazione occorre accennare al fatto che il Ministero del Lavoro ha sentito il bisogno di intervenire per cercare di fare chiarezza sulla portata delle nuove disposizioni e tentare di placare gli animi, scossi da un possibile vacillamento del sistema garantistico costituitosi negli anni.

Con una nota pubblicata sul proprio sito ministeriale il 18 giugno del 2015, dopo aver premesso che “la modifica dell'art. 4 dello Statuto chiarisce, poi, che non possono essere considerati 'strumenti di controllo a distanza' gli strumenti che vengono assegnati al lavoratore 'per rendere la prestazione lavorativa' come pc, tablet e cellulari” ed aver ribadito a chiare lettere che “in tal modo viene, fugato ogni dubbio, per quanto teorico, circa la necessità del previo accordo sindacale anche per la consegna di tali strumenti”, il Ministero ha cercato di limitare l'effetto dell'innovazione normativa sostenendo che “l'espressione 'per rendere la prestazione lavorativa' comporta che l'accordo o l'autorizzazione non servono se, e nella misura in cui, lo strumento viene considerato quale mezzo che 'serve' al lavoratore per adempiere la prestazione: ciò significa che, nel momento in cui tale strumento viene modificato (ad esempio, con l'aggiunta di appositi software di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall'ambito della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che 'serve' al lavoratore per rendere la prestazione il pc, il tablet o i cellulari divengono strumenti che servono al datore per controllarne la prestazione.

100 Così A. Stanchi, op. cit., 41.

101 Come ritiene E. Dagnino, “Tecnologie e controlli a distanza”, in Dir. delle relaz. ind., fasc. 4, 2015, pag. 988.

Con la conseguenza che queste modifiche possono avvenire solo alle condizioni ricordate sopra: la ricorrenza di particolari esigenze, l'accordo sindacale o l'autorizzazione”.

Secondo parte della dottrina, infatti, sulla scia della precisazione ministeriale (pur non essendo, è necessario dirlo, accompagnata da uno specifico “aggancio” testuale), una trasformazione di uno strumento di lavoro potrebbe passare, a titolo di esempio, attraverso l'uso di software, che secondo un'interpretazione consolidata devono considerarsi alla stregua di strumenti di controllo, come tali quindi installabili solo previo esperimento della procedura legale e non utilizzabili per fini diversi da quelli indicati.

Emblematico sarebbe, in questa prospettiva, proprio il caso dei “keyloggers” sopra richiamato, ovvero di quei particolari software che consentono la memorizzazione e la trasmissione delle digitazioni sul pc: un siffatto sistema di lettura, conservazione e trasmissione sarebbe evidentemente da ricondurre alla strumentazione di controllo ed a prescindere dal fatto che l'hardware su cui viene installato rappresenti uno strumento di lavoro.

Tuttavia, non è mancato chi ha ridimensionato l'intervento chiarificatore del Ministero ad un “pannicello caldo” anziché una “cura da cavallo per far scendere la febbre divampata”, in quanto difficilmente può essere ritenuto un mezzo in grado di incidere seriamente sulle conseguenze della nuova disciplina.

Infatti, non è da sottovalutare nella maniera più assoluta, il fatto, forse maliziosamente trascurato, che oggi giorno la stragrande maggioranza degli strumenti informatici è già dotata di strumenti di geolocalizzazione e/o rilevazione di traffico e quant'altro fin dall'emissione in commercio, senza necessità di dar corso a chissà quale “modifica”; e considerazioni analoghe si possono verosimilmente fare per altre tipologie di strumenti utilizzati dal lavoratore, come i

macchinari.

È agevole ipotizzare che essi vengano forniti già dotati di software che consentano la rilevazione dei dati di lavorazione, senza necessità di alcuna modifica, o se così ancora non fosse è più che plausibile che le industrie produttrici siano in grado di adeguarsi velocemente alle nuove esigenze; per non parlare poi degli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze, che certo non risentono delle precisazioni fornite con la citata nota ministeriale.

Per non parlare del fatto che, per quanto riguarda un'eventuale controllo dei siti visitati dal dipendente, potrebbe essere sufficiente una semplice consultazione della cronologia ricavabile da qualsiasi apparecchio di ultima generazione (e quindi non solo pc ma anche tablet e smartphone).

Ove tale espediente non dovesse bastare, occorre evidenziare che la stragrande maggioranza dei router in commercio ha a disposizione una funzionalità “logs” che permette di verificare quali richieste di connessioni siano state avviate dai vari sistemi connessi in rete locale; questa sezione contiene, solitamente, un registro in formato testuale con l'indicazione dell'indirizzo IP locale della macchina (o del dispositivo mobile) dalla quale è partita la richiesta e gli indirizzi dei siti web visitati.

Ancora, non pare meno degno di nota il fatto che numerosi dispositivi tecnologici siano dotati oggi di un sistema di geolocalizzazione in grado di rilevare la posizione esatta in cui l'apparecchio si trova e quindi l'individuazione del suo fruitore (e di ciò se ne è potuto avere un riscontro in casi di cronaca che hanno fatto emergere la possibilità di un utilizzo positivo della tecnologia nella lotta contro il crimine, appunto grazie alla potenzialità del dispositivo di individuare la posizione del reo).

Occorre aggiungere, inoltre, che, anche volendo attribuire alla fonte

ministeriale la massima attendibilità, l'applicazione e l'interpretazione della norma non potranno che fondarsi prima di tutto sul dato letterale di essa, che di modifiche a tali mezzi di lavoro non accenna affatto.

Di conseguenza è possibile, al momento, affermare che, con ogni probabilità, la giurisprudenza futura non potrà che seguire la via tracciata dal testo della norma che conduce ad un'esclusione dei citati strumenti di espletamento della prestazione lavorativa dalla concezione di “apparecchiature di controllo a distanza” con le conseguenze sopra esaminate.

Per poter comprendere, però, appieno la reale dimensione delle nuove modifiche legislative occorre leggere contestualmente al secondo anche il terzo comma del medesimo decreto attuativo al fine di consentire un'analisi più completa e veritiera della disciplina relativa ai controlli a distanza a mezzo di strumenti di lavoro di recente emanata.

Ed il riscritto terzo comma recita: “le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”.

Proprio citando la disposizione di cui sopra si può obiettare a chi afferma che l'intervento del “Jobs act” avrebbe dato il via libera ad un'effettuazione selvaggia di controlli a distanza da parte del datore sulla prestazione lavorativa.

Il terzo comma infatti all'apparente “liberalizzazione” riguardante gli strumenti di lavoro e quelli di controlli degli accessi e delle presenze fa seguire due condizioni all'utilizzabilità delle informazioni ricavate dai controlli sopra concessi; e cioè ai controlli giustificati da esigenze di produttività e sicurezza aziendale ed agli altri inerenti gli strumenti

necessari allo svolgimento della prestazione di lavoro.

A ben vedere, però, le condizioni di utilizzabilità delle informazioni di cui al terzo comma, sono da leggere, in primo luogo, come condizioni all'effettuabilità stessa dei controlli richiamati ai due commi precedenti, come pare suggerire la lettera della disposizione.

Per prima cosa si fa riferimento ad un obbligo di presentazione ai dipendenti interessati di adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli.

A riguardo si ritiene opportuno prendere le distanze da prime letture a caldo della formula che le attribuiscono una portata più formale che di sostanza, dichiarando che “per i datori di lavoro sarà sufficientemente agevole attrezzarsi con modelli di informativa più o meno articolati che spieghino nel dettaglio al lavoratore come e quando il datore di lavoro può dar corso ai controlli attraverso l'utilizzo dello strumento di lavoro da parte del dipendente; e si è anche ironizzato sul fatto che sarà legittimo attendersi che non saranno in molti gli aspiranti neo-assunti che si rifiuteranno di firmare o richiederanno modifiche limitative alla portata dei potenziali controlli”.

Forse sarà compito della giurisprudenza far sì che le circostanze sopra prospettate non si verifichino e ciò concretamente mediante un'esegesi, questa sì, in forma garantistica, degli attributi che l'informativa richiamata dovrà possedere.

L'informativa, si dice, dovrà essere “adeguata” e quindi contenere tutte le specificazioni del caso.

Sembra plausibile quindi ritenere che tali specificazioni debbano ovviamente riferirsi all'individuazione dello strumento (o degli strumenti) lavorativi sui quali tali controlli si intendano porre in essere (e quindi tablet, smartphone, posta elettronica, automezzi di proprietà dell'impresa), in quali modalità i suddetti verranno attuati (ci si vuole richiamare qui ai sistemi di rilevazione da utilizzare: rilevazioni GPS

che permettano la tracciabilità di percorsi, l'ottenimento dei tabulati telefonici che consentano una valutazione dell'utilizzo conforme a contratto del telefonino aziendale, i software informatici che riproducano la cronologia dell'impiego della rete aziendale), sarebbe auspicabile la comunicazione anche della misura con cui tale sorveglianza vorrebbe essere attuata (forse ciò più a garanzia di quella categoria di lavoratori che debbano e possano disporre di tali strumentazioni anche al di fuori dell'ambito aziendale e dell'orario di lavoro); quindi ci si augurerebbe la delineazione di un quadro completo di siffatti controlli che si estenda in primis all'an della vigilanza e poi al quomodo ed al quantum di essa.

Sarà imprescindibilmente necessaria, inoltre, la sottolineazione del carattere "preventivo" di detta normativa, perchè solo questo sarà innanzitutto in grado di rendere effettiva la garanzia della condizione posta, in quanto appunto anche una pur fortemente dettagliata informativa potrà ritenersi priva di effetti se rilasciata successivamente alla messa in atto dei controlli.

In ogni caso, pare di non poco conto, la previsione della recente riforma di un obbligo di trasparenza, forse mai imposto prima in questi termini, in capo al datore di lavoro, che potrebbe avere persino l'effetto di rinsaldare il rapporto fiduciario tra il datore ed il prestatore d'opera.

Si parla inoltre di una trasparenza diretta tra il datore di lavoro che informa preventivamente il proprio dipendente della necessità di effettuare dei controlli per poter verificare lecitamente la congruità della attività prestata rispetto alle indicazioni contrattuali sulla base delle quali, è bene ricordarlo, detta prestazione è conformemente onorata.

Ora, sembra chiaro che nel caso in cui l'informativa si presenti priva delle necessarie caratteristiche elencate (nel caso in cui, ad esempio, si configuri come informazione minima sulle modalità d'uso degli

strumenti e dell'effettuazione dei controlli) debba essere riconosciuto al lavoratore l'inderogabile diritto di rivolgersi alle proprie rappresentanze sindacali o ancora, senza dubbio, di adire l'autorità giudiziaria; e ciò al fine di attribuire effettività alle nuove disposizioni legislative.

Spostiamo ora l'attenzione sul secondo aspetto che limita l'utilizzabilità dei dati raccolti; cioè l'imposizione dell'osservanza delle disposizioni del D.lgs. n. 196/2003, il Testo unico della Privacy.

Si può ricordare che l'originario testo dell'art. 4 ovviamente nulla disponeva in proposito, essendo stato emanato, si è già accennato, decenni prima che il nostro ordinamento conoscesse le prime norme di legge in materia di tutela della privacy.

Fino ad oggi quindi il tema del coordinamento fra gli artt. 2, 3, 4 e 8 Stat. Lav. e le disposizioni di legge sul trattamento dei dati personali ha vissuto del costante lavoro di giurisprudenza, dottrina e Garante della privacy ¹⁰², che sono giunti alla conclusione pressoché unanime secondo la quale sia le disposizioni dello Statuto dei lavoratori sia quelle del T.U. n. 196/2003 devono trovare concorrente applicazione, integrandosi le une con le altre.

L'imposizione di un obbligo di previa informativa al lavoratore da parte del proprio datore si pone perfettamente in linea con i principi emanati dal Codice in materia di trattamento dei dati personali, e ciò è stato evidenziato anche dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali in sede di audizione in Commissione alla Camera dei deputati, la quale ha dichiarato che “il requisito della previa informazione del lavoratore costituisce un'esplicitazione di quanto già desumibile dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali e che il principale argine a un utilizzo pervasivo dei controlli sul lavoro è

¹⁰² Fra gli interventi di maggior rilievo, le “Linee guida per il trattamento di dati dei dipendenti privati” del 23 novembre 2006 e le “Linee guida del Garante per posta elettronica e internet” del 1 marzo 2007.

rappresentato dalla conformità alle norme del Codice in materia di protezione dei dati personali”.

Inoltre, è opportuno rilevare il fatto che le indicazioni del Garante in materia di raccolta e trattamento dei dati personali, come già accennato, sono da sempre molto stringenti, e impongono sempre e comunque il rispetto dei principi della “necessità”, della “correttezza”, della “pertinenza”, della “non eccedenza” del trattamento.

Per fare qualche esempio, le citate linee guida per posta elettronica ed internet stabiliscono che “grava quindi sul datore di lavoro l'onere di indicare in ogni caso, chiaramente e in modo particolareggiato, quali siano le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati i controlli.

Ciò, tenendo conto della pertinente disciplina applicabile in tema di informazione, concertazione e consultazione delle organizzazioni sindacali” e che “i trattamenti devono rispettare le garanzie in materia di protezione dei dati e svolgersi nell'osservanza di alcuni cogenti principi: a) il principio di necessità, secondo cui i sistemi informativi e i programmi informatici devono essere configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi in relazione alle finalità perseguite (art. 3 del codice, par. 5.2); b) il principio di correttezza, secondo cui le caratteristiche essenziali dei trattamenti devono essere rese note ai lavoratori (art. 11, comma 1, lett. a, del codice); c) i trattamenti devono essere effettuati per finalità determinate, esplicite e legittime (art. 11, comma 1, lett. b, del codice: par. 4 e 5)”.

Con l'espresso richiamo al T.U. n. 196/2013, sembra lecito attenderselo, il rispetto delle prescrizioni emanate dal Garante diventerà finalmente esplicito ed ineludibile.

Si è già rilevata l'ampiezza del quadro disciplinare delineato dalla

normativa sulla privacy, la quale, in presenza dei presupposti fissati, laddove quindi emerga un interesse meritevole di tutela da parte del datore di lavoro che sia da ritenersi “indispensabile”, previa chiara e “particolareggiata” informazione sulle modalità di utilizzo degli strumenti ritenute corrette e delle modalità con le quali si intendono effettuare i controlli, consente di effettuare il trattamento dei dati personali dei dipendenti nel rispetto delle prescrizioni obbligatoriamente imposte dal codice, quali ad esempio la designazione degli “incaricati del trattamento” e dell'introduzione di un regolamento aziendale sull'utilizzo dei sistemi informatici.

L'imposizione della normativa sulla privacy quale limite al potere di controllo del datore riesce finalmente ad attribuire la giusta rilevanza ai beni primari tutelati dalla disposizione sul controllo a distanza; ovvero, è chiaro ormai, la dignità e la riservatezza del prestatore di lavoro.

In essa è delineato l'intero apparato di tutela attinente alla “sfera lunare” della persona umana e quindi di quell'area espressiva del lavoratore che deve necessariamente rimanere nell'ombra da sguardi indiscreti che vogliano oltrepassare il quadro visibile, “solare”, della sua personalità.

Tale “ambito di riservatezza” poteva già essere in parte disegnato mediante una lettura statutariamente orientata del combinato disposto dell'art. 4 e dell'art. 8; laddove infatti quest'ultimo pone un divieto di indagine, menziona anche gli aspetti della personalità del lavoratore verso i quali esso si estende; stabilisce infatti un “divieto di indagine sulle opinioni”, e dichiaratamente richiama quelle “politiche”, “religiose” o “sindacali”, e ancora afferma “nonchè su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore”.

Si può notare come sia l'elencazione, da ritenersi esemplificativa, sia la clausola finale consentano di definire un ampio ambito imperscrutabile

alla vista del datore di lavoro, al quale egli non ha diritto di accedere in quanto totalmente estranei all'interesse lavorativo.

In ogni caso quindi sia, com'è ovvio, la normativa derivante dal Codice della privacy, sia, in questa lettura, l'art. 8 dello Statuto definiscono una zona di riservatezza che costituisce un'estensione della personalità del lavoratore che deve essere garantita ed estraniata da qualsiasi tipo di controllo datoriale, un'area così ben delimitata da configurare forse già di per sé un valido confine al potere di controllo del datore di lavoro.

Comunque, già prima dell'introduzione delle nuove modifiche legislative al tema dei controlli a distanza, e quindi della fissazione formale del Codice in materia di protezione dei dati personali quale limite al potere di controllo del datore, le imprese nazionali avvertivano già, e di fatto ciò si verificava, l'esigenza di rispettare tale disciplina a tutela della personalità del prestatore di lavoro.

Si mostra un esempio alquanto efficace la richiesta di verifica preliminare al Garante per la protezione dei dati personali da parte dell'azienda Wind Telecomunicazioni s.p.a., avvenuta in data 9 ottobre 2014, in merito al trattamento di dati personali dei dipendenti effettuata attraverso la localizzazione di dispositivi smartphone conformemente, appunto, con quanto disposto ai sensi dell'art. 17 del Codice, il quale infatti afferma: “Il trattamento dei dati diversi da quelli sensibili e giudiziari che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, è ammesso nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato, ove prescritti.

Le misure e gli accorgimenti di cui al comma 1 sono prescritti dal Garante in applicazione dei principi sanciti dal presente codice, nell'ambito di una verifica preliminare all'inizio del trattamento, effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di

trattamenti, anche a seguito di un interpello del titolare”.

In concreto, la Wind Telecomunicazioni s.p.a. ha inoltrato una richiesta di verifica preliminare al Garante, in relazione al trattamento di dati personali connesso all'attivazione “di un'innovativa soluzione di Work Force Managment (WFM) che prevede, tra l'altro, l'utilizzo di tecniche di geolocalizzazione del dispositivo mobile in dotazione ai [...] dipendenti con qualifica di tecnico di rete” operanti sul territorio (pari a “circa 900” lavoratori; cfr. Allegato tecnico, comunicazione 28.5.2014, p. 4).

La nuova funzionalità di localizzazione di dispositivi smartphone (che verrebbero forniti in dotazione dalla società ai propri dipendenti nell'ambito di un sistema di Work Force Managment (WFM) già esistente) sarebbe stata attivata attraverso l'installazione di Click Software, prodotto che mediante l'utilizzo di un'apposita applicazione (ClickMobile Touch) “installata sul dispositivo mobile del tecnico [...] integrerà tutte le funzionalità di dialogo con la piattaforma WFM” (cfr. Allegato cit., p. 6).

I dati che sarebbero stati in concreto trattati dalla società attraverso il menzionato sistema, peraltro solo dopo aver fornito agli interessati “una dettagliata informativa [...] che sarà pubblicata sulla intranet aziendale” (cfr. Allegato cit., p. 7), consistono:

- nell'ID del dispositivo aziendale affidato al tecnico;
- nel numero di telefono aziendale;
- nelle coordinate GPS “del tecnico durante lo svolgimento dell'attività operativa”;
- nelle coordinate GPS della “home base del tecnico per la determinazione dell'area di competenza”.

Gli scopi che la società intende perseguire attraverso l'attivazione della

menzionata funzionalità di localizzazione (cfr. Allegato cit., p. 8) sono volti a:

- a) “migliorare i livelli di servizio, assicurando una pianificazione ottimizzata del lavoro”;
- b) “supportare la gestione delle attività d'emergenza [...] mediante la conoscenza della posizione dei tecnici e l'identificazione del tecnico più qualificato e più vicino al sito per il quale è richiesto l'intervento”;
- c) “supportare le misure di sicurezza a tutela dei tecnici coinvolti in attività di servizio allocate in aree remote e/o disagiate”.

Ciò posto, la società ha dichiarato che i dati relativi alla posizione geografica dei dipendenti non saranno utilizzati per finalità diverse da quelle rappresentate “né potranno essere usati [...] per qualsivoglia fine disciplinare”.

Quanto alle modalità del trattamento dei dati relativi alla localizzazione, la società (cfr. Allegato cit., p. 9) ha dichiarato che:

- a) l'invio della posizione geografica del dispositivo al sistema di Work Force effettuata attraverso l'applicazione di ClickMobile “non è continuativo ma periodico; la frequenza di rilevamento dei dati, infatti, è configurabile a sistema mediante un parametro specifico (ogni x minuti) ed è completamente scollegata dalla frequenza di utilizzo”;
- b) il dipendente può “abilitare o disabilitare la APP all'inizio e alla fine del servizio, così come durante il servizio stesso, qualora risulti necessario per esigenze personali, compatibilmente con le procedure aziendali in essere”;

- c) “la piattaforma WFM gestisce l'informazione relativa all'ultima posizione inviata dal dispositivo mobile del tecnico, cancellando quella immediatamente precedente e l'ultima rilevazione verrà cancellata nel momento in cui termina la sua giornata lavorativa”;
- d) “il sistema non esegue alcuna storicizzazione del dato di geolocalizzazione, impedendo sia una visione continuativa della posizione del singolo tecnico sia un'eventuale ricostruzione dei relativi percorsi”.

In relazione al descritto sistema verrebbero adottate misure di sicurezza “sia minime che idonee”; inoltre tutti coloro che effettueranno i connessi trattamenti di dati personali verranno designati quali incaricati di trattamento (cfr. Allegato cit., p. 9).

Quanto all'osservanza della disciplina di settore posta in materia di controlli a distanza dei dipendenti, la società ha rappresentato che “attualmente sono in corso [con] le rappresentanze sindacali aziendali per la revisione dell'accordo sindacale, in ossequio al disposto di cui all'art. 4 della L. 300/70” (cfr. Allegato cit., p. 7).

Il descritto trattamento presenta caratteristiche particolari proprio in considerazione dell'utilizzo di un dispositivo smartphone messo a disposizione dei dipendenti allo scopo di procedere alla raccolta dei dati di localizzazione.

Tali dispositivi, in considerazione delle normali potenzialità d'uso nonché in ragione dell'utilizzo oramai comune degli stessi, possono essere agevolmente impiegati anche per finalità diverse da quelle lavorative.

Queste ulteriori (e comuni) modalità di impiego sono d'altra parte, ragionevolmente, consentite dalla società.

Tuttavia lo smartphone è, per le proprie caratteristiche, destinato

inevitabilmente a “seguire” la persona che lo detiene, indipendentemente dalla distinzione tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro, pertanto il descritto trattamento presenta rischi specifici per la libertà (es. di circolazione e di comunicazione), i diritti e la dignità del dipendente e richiede una specifica ed attenta valutazione da parte dell'Autorità.

Di conseguenza l'Autorità garante ha posto in essere una valutazione delle caratteristiche del trattamento alla luce dei principi disposti dal Codice della privacy (misurando dunque la liceità del trattamento dei dati di localizzazione mediante un bilanciamento di interessi, la pertinenza e la non eccedenza del trattamento e disponendo “misure ed accorgimenti posti a tutela dei diritti degli interessati”) ed infine ha prescritto ulteriori adempimenti e misure di sicurezza.

Dall'esposizione della procedura sopra riportata si può notare come sicuramente ogni passaggio ordinato dalla disciplina del Codice sia stato rispettato; partendo dalla valutazione della presenza dei presupposti necessari all'eseribilità del trattamento da parte dell'azienda, all'imposizione della consegna di una relativa ed adeguata informativa ai dipendenti dell'azienda, alla richiesta di verifica preliminare dell'Autorità garante imposta per il trattamento di dati “rischiosi” per i diritti e le libertà fondamentali dei lavoratori.

Dunque si può ben comprendere come, anche prima dell'avvento delle modifiche apportate dalla recente disciplina all'art. 4 dello Statuto fosse avvertita l'esigenza del rispetto della normativa sulla privacy a tutela del lavoratore durante l'espletamento della propria prestazione di lavoro.

Quindi potremmo dedurre che una grande novità nel fissare come limite ai controlli datoriali la disciplina a protezione della riservatezza non sia sopraggiunta.

Tuttavia l'espresso richiamo potrebbe (ci si augura) aver donato

rinnovato vigore a questa imprescindibile garanzia.

Vi è stato, infatti, chi, di fronte alle espressioni di stupore che si sono levate tra le parti sociali e direttamente anche per bocca del presidente dell'Autorità garante per il trattamento dei dati personali, non ha mostrato la stessa sorpresa per il rinvio alla disciplina in materia di privacy, ed anzi ha pungentemente accennato ad una certa “ansia da prestazione” accusata dall'Autorità stessa nell'essere chiamata a dover, forse per la prima volta apertamente, porre rimedio ad eventuali dubbi di liceità sui controlli effettuabili dal datore ¹⁰³.

1.5 Risvolti pratici delle recenti modifiche

Pare giunto il momento adesso, dopo aver (si spera) sufficientemente descritto le modifiche legislative apportate al vecchio testo della normativa di cui all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, di tentare di porre in essere una possibile delineazione delle prospettive presentabili a seguito dell'applicazione pratica delle disposizioni introdotte e delle eventuali problematiche che ne potrebbero scaturire.

Non si intende in questa sede, però, attribuire largo spazio al nuovo primo comma in quanto, come si è già sottolineato, non ci pare di rinvenire grandi novità di normazione a riguardo.

Inoltre, a ben osservare, non sembra fuori luogo desumere da una lettura completa dell'intero corpo normativo del nuovo art. 4 che le strumentazioni interessate da questo primo comma siano assai ridotte e addirittura, forse, limitabili ai soli dispositivi audiovisivi (telecamere) ed ai cosiddetti tornelli.

E ciò perchè, ad una prima riflessione, appaiono gli unici dispositivi di controllo che possano di fatto anche non inerire agli “strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” (non è così invece per eventuali congegni adibiti al calcolo degli oggetti

¹⁰³ Ci si intende riferire qui all'intervento del professor R. Del punta in un recente convegno sul diritto del lavoro tenutosi a Pisa il 3/12/2015.

fabbricati o rilevatori di prodotti difettosi che necessariamente devono essere disposti sulla o nella macchina utilizzata), ancora anche i c.d. tornelli si possono ritenere esclusi dal disposto del secondo comma, poiché, quantomeno, non sempre sono in grado di integrare il carattere richiesto di “registrazione degli accessi e delle presenze”, salvo il caso in cui la loro funzione sia attivata mediante presentazione di apposito “tesserino di riconoscimento” che consenta l'accesso al luogo da parte del dipendente ed eventualmente anche la sua identificazione.

Ora, l'aspetto maggiormente degno di nota è appunto quello dei controlli effettuabili a mezzo di strumenti di lavoro, la così, da alcuni, etichettata “pietra dello scandalo”.

Detto richiamato testuale, infatti, sembra aver aperto il campo ad una serie infinita di modalità di sorveglianza, data l'estensione del concetto di “strumenti di espletamento della prestazione lavorativa” che il progresso tecnologico oggi ci consente.

E ciò proprio perchè, ad ora, tale definizione non si mostra più limitabile agli originari macchinari con cui l'attività veniva svolta (come il tornio, la pressa, il moletto e i più obsoleti elaboratori informatici) ma si estende a macchia d'olio ai più disparati strumenti di realizzazione della prestazione lavorativa; ci si può riferire senza dubbio, come si è già in precedenza fatto, ai più sviluppati pc, tablet, smartphone, autovetture aziendali.

Rientrano invece, in questo caso, nell'accezione “strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze” i più sofisticati “badges”, che per definizione permettono l'identificazione personale del dipendente che ne ha fatto uso e conseguentemente anche la registrazione dei suoi spostamenti all'interno ed all'esterno del complesso aziendale.

Dunque, con l'intervento delle nuove modifiche normative, il datore di lavoro potrà in concreto predisporre dispositivi di sorveglianza su pc,

tablet, smartphone ecc. potendo omettere la fase di contrattazione con le rappresentanze sindacali, ma essendo obbligato, però, a far giungere nelle mani dei dipendenti interessati un'adeguata informativa relativa ai controlli che intende attuare, alle modalità, agli strumenti che a tali controlli verranno sottoposti e restando fermo il limite del rispetto della normativa a tutela della riservatezza del lavoratore, a cui dovrà attenersi nel corso della loro effettuazione.

Il lavoratore quindi sarà dichiaratamente messo a conoscenza “preventivamente” dell'attività di vigilanza a cui sarà sottoposto e nel corso di quale fase lavorativa essa verrà posta in essere tramite un'informativa testuale dettagliata che non lasci spazi a subdole reticenze del datore.

Ovviamente il quadro delle attività che potranno essere esplicate dal datore di lavoro comunque, tenendo conto anche dei vari limiti posti dalle disposizioni penali, non si presenta infinito e totalmente libero da vincoli.

Le tipologie di controlli nella pratica effettuabili sembrerebbero da potersi elencare come segue, avendo presente anche le caratteristiche del dispositivo sul quale il controllo verrà attivato; ben potranno prospettarsi meccanismi di localizzazione dello strumento nella disposizione del lavoratore (in modo da rilevare le tracce degli spostamenti compiuti) (a questo controllo ragionevolmente si prestano gli strumenti predisposti a “seguire” il dipendente nel corso dello svolgimento della prestazione; e cioè tablet, smartphone e automezzi aziendali), ancora l'ottenimento dei tabulati telefonici (da cui verificare poi un utilizzo conforme agli obblighi contrattuali del telefonino aziendale), l'installazione di programmi software o hardware che consentano di ricondurre al numero degli accessi al sistema di interconnessione aziendale, ai siti visitati dal singolo dipendente, o di valutare l'uso adeguato della posta elettronica dell'azienda.

Probabilmente è possibile classificare tali tipi di controllo come volti ad esaminare il corretto adempimento della prestazione lavorativa come stabilita da contratto.

Tale attività potrebbe, quindi, essere accostata alla facoltà di controllo del creditore nei confronti del proprio debitore o ancora dell'appaltante verso il proprio esecutore d'opera, schemi già riconosciuti e ritenuti legittimi dal nostro codice civile, e rispettivamente agli art. 2104 cc. e art. 1662 cc.

E tuttavia cosa potrebbe rinvenirsi di assurdo nella volontà da parte di uno dei contraenti dell'accordo negoziale di accertare la conforme esecuzione della prestazione secondo le condizioni fissate?

Ciò rientra nella liceità ordinamentale per quanto riguarda gli schemi contrattuali sopra citati, ma quando ad essere presa in considerazione è l'attuazione di una prestazione lavorativa allora un potere di vigilanza non sembra più concesso.

O meglio, non sembra possibile nel caso in cui tale controllo non si svolga nella forma “uomo su uomo” (cioè unicamente da parte del datore di lavoro stesso o tramite un proprio preposto).

Ma guardando alla realtà imprenditoriale che ci circonda, privandola di condizionamenti utopistici in cui ogni lavoratore che svolga la propria mansione possa essere tempestivamente sorvegliato e redarguito nel caso in cui se ne allontani, un siffatto modello di controllo è davvero sempre applicabile ed efficace?

Davvero in ambienti lavorativi molto estesi che impiegano inoltre un elevato numero di dipendenti, o ancora in circostanze in cui la prestazione debba essere in parte o totalmente eseguita all'esterno dell'edificio aziendale una sorveglianza “uomo su uomo” è prospettabile?

Esistono infatti, ad oggi, e non sono poche, realtà produttive molto estese che riescono ad impiegare oltre i 1000 dipendenti, così come vi

sono gruppi aziendali che, proprio per le caratteristiche intrinseche dell'attività svolta, richiedono il compimento della prestazione lavorativa in parte o totalmente al di fuori dell'edificio aziendale; è questo il caso degli operatori di rete che effettuano la loro mansione al di fuori del “raggio di controllabilità” del datore di lavoro e quindi potrebbero potenzialmente essere svincolati da qualsivoglia attività di sorveglianza da parte del datore di lavoro.

Tutto ciò può sembrare, alla vista di uno studioso attento al principio inderogabile del nostro ordinamento volto alla garanzia di un bilanciamento di interessi tra le parti, quantomeno scorretto se si tiene in conto il fatto che talvolta possa verificarsi una violazione degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore senza che il datore possa venirne a conoscenza o adottare le misure necessarie all'impedimento della reiterazione del comportamento.

Impedire ad un datore di lavoro di poter ottenere una qualche facoltà di vigilanza sull'adempimento della prestazione sarebbe anche in contrasto con la dichiarata non assolutezza del diritto della privacy, pur spettante al singolo lavoratore, che imporrebbe sempre un temperamento con gli altri interessi legittimi, diritti e libertà messi in gioco.

Ed infatti se ci rivolgiamo alle altre esperienze a livello internazionale, possiamo notare come queste abbiano sviluppato un atteggiamento più aperto nei confronti di una facoltà di vigilanza da parte del datore di lavoro, soprattutto per quanto attiene ai più moderni strumenti di svolgimento della prestazione lavorativa utilizzati dai dipendenti di un'azienda; in particolare si può rilevare un'attenta disciplina di equilibrio tra le parti per quanto riguarda gli accessi al sistema di interconnessione aziendale e l'utilizzo della posta elettronica.

Si può partire esponendo brevemente l'esperienza che riconosce una vera e propria responsabilità in capo al datore di lavoro per aver fallito

nel suo (in alcuni casi) dovere di monitorare adeguatamente, ad esempio, l'invio di messaggi di posta elettronica inappropriati o dannosi da parte dei propri dipendenti ¹⁰⁴; ci si riferisce qui all'esperienza statunitense.

Così nel caso “Blakey c. Continental Airlines” la Corte Suprema del New Jersey, all'unanimità, ha ritenuto che l'invio di mail sconvenienti sul lavoro può comportare la responsabilità del datore di lavoro per la creazione di un ambiente di lavoro ostile.

Nel caso, la Corte ha stabilito il principio che il datore di lavoro deve impedire l'invio di messaggi diffamatori o molesti ¹⁰⁵.

Il principio legale generale è che il proprietario di un sistema di e-mail, o che consente l'accesso ad internet, è responsabile di tutte le mails spedite dal sistema, sia che siano di carattere lavorativo, sia che siano di carattere personale ¹⁰⁶.

L'enorme aumento di comunicazioni elettroniche ha quindi accresciuto enormemente le possibilità di responsabilità dei datori di lavoro.

Sono state riconosciute responsabilità del datore di lavoro per downloading di pornografia, molestie sessuali o razziali a colleghi via mail, dichiarazioni diffamatorie verso terzi, creazione di un ambiente di lavoro ostile determinato dalla diffusione nell'ambito di lavoro di materiale pornografico scaricato da Internet.

Si può riferire che il sistema di disciplina legale del controllo delle mail e degli accessi ad internet sul luogo di lavoro è articolato su diversi gradi di tutela.

In ciascuno, tuttavia, il principio generale è che il datore di lavoro,

104 K. Wyatt: “Why a company Internet policy? How about, sexual harassment online?”, Relazione preparata per il seminario Internet and the law, del prof. Wiseman, Georgia State University College of law,

<http://gsulaw.gsu.edu/lawand/papers/sp98/netpolic.html>; Surveillance and monitoring of employees, www.incomesdata.com/pressrel/pr010627.htm.

105 C. Cotton: “Employee mail in the Workplace: Employer Monitoring vs. Employee Privacy”, www.gcwf.com/articles/interest/interest_40.html, cit., 3.

106 S. Miller, “Civilizing Cyberspace”, New York, Addison-Wesley Publishing Co., 1996, 287 sgg.

ricorrendone i presupposti, può controllare l'utilizzo delle mail da parte dei dipendenti sul luogo di lavoro, così come gli accessi alla rete aziendale.

La tutela federale, che viene in rilievo se si tratta di imprese o di attività che si occupano di forniture di servizi interstatali, è assicurata dall' "Electronic Communications Privacy Act" (come emendato nel 1986).

L'ECPA assicura sia una tutela penale sia una tutela civile, dando diritto ai danni economici, a quelli previsti dalla legge, a quelli punitivi e spese legali.

Esso proibisce di: intercettare le comunicazioni elettroniche che siano "in trasmissione"; di accedere ai messaggi conservati senza il preventivo consenso e l'accesso se proviene da persona diversa da quella che fornisce il servizio; di svelare il contenuto di messaggi elettronici (ma tale regola non si applica al provider del servizio che deve proteggere i propri diritti).

Dall'altra la stessa normativa ammette eccezioni ai divieti sopra elencati: l'eccezione del provider che agisce per tutelare i propri diritti; l'eccezione del preventivo consenso; l'eccezione dell'uso normale commerciale.

Secondo la prima eccezione il fornitore del servizio di email ha il diritto di intercettare ed utilizzare le comunicazioni nel normale corso del rapporto se ciò deriva dall'uso normale del servizio o dall'azione per la tutela del proprio diritto di proprietà.

In altri casi tuttavia è stato ritenuto che se il dipendente è informato che l'utilizzo del sistema di mail aziendale, fornito anche per l'utilizzo esterno dall'impresa, è destinato al solo uso aziendale, non sussiste una ragionevole aspettativa del dipendente alla privacy ¹⁰⁷.

Quest'ultimo aspetto si ritiene assai rilevante rispetto all'analisi della

107 Simmons vs. Southwestern Bell tel. Co., 452 F. Supp. 392, 394 (W.D. Okla. 1978).

nuova normativa introdotta nel nostro Paese, in quanto negli Stati Uniti addirittura, ove via sia stata previa comunicazione della funzionalità strettamente aziendale della posta elettronica messa a disposizione del lavoratore, non vi possa essere da parte sua neppure un'aspettativa di privacy a riguardo, di modo che pare delinearsi una netta distinzione tra ambiente lavorativo e area privata che giunga persino a non riconoscere garanzie di riservatezza nel caso di utilizzi extra-lavorativi di strumentazioni di proprietà dell'azienda ed in uso al dipendente.

In riferimento alla seconda eccezione, va precisato che il consenso può essere espresso o implicito, purchè “informato”; ciò significa che non può essere ritenuto consenso implicito quello relativo alla mera conoscenza di potenziali controlli.

Il consenso richiede cioè, per essere considerato effettivo, la conoscenza espressa dell'installazione dell'impianto di controllo e del suo utilizzo.

Ora però ciò non significa che il datore possa attuare un controllo illimitato.

Le Corti talvolta applicano il principio della verifica se il livello di monitoraggio risulta giustificato dai presupposti perseguiti.

In altri casi il principio di contemperamento applicato è contenutistico, cioè il fatto che la comunicazione sia a scopo personale o d'affari determina il confine tra liceità ed illiceità del monitoraggio.

In tali casi è lecito un monitoraggio per il tempo necessario a determinare la natura (personale o meno) della chiamata ¹⁰⁸.

Per sintetizzare sul sistema Americano, in generale, le legislazioni consentono il monitoraggio del numero delle chiamate, la durata, gli indirizzi; il monitoraggio dei contenuti è lecito: se avviene per un ragionevole proposito connesso all'attività lavorativa; si limita all'identificazione della natura personale o meno delle comunicazioni;

108 Cfr. *Briggs vs. American Ari Filter Co.* 630 F.2d 414, 419 (5th Cir. 1980).

avviene con il normale equipaggiamento del fornitore del servizio; lo scopo o le modalità non sono irragionevoli; il monitoraggio dei contenuti è anche lecito se una parte vi consente; oppure se una parte sa che la chiamata è monitorata e qual è lo scopo di tale monitoraggio¹⁰⁹.

Passando ora ad analizzare brevemente il sistema britannico, possiamo affermare che anche questo si basa, in linea di massima, sul principio di fondo della liceità, a determinate condizioni, del monitoraggio eseguito dal datore di lavoro.

Come il sistema americano, anche quello britannico ha quale presupposto logico-giuridico quello della proprietà esclusiva dell'imprenditore dei mezzi per l'esercizio dell'impresa e quindi anche del sistema informatico aziendale, posta aziendale compresa. Proprietà che rende ragionevole il diritto dell'impresa di provvedere correttamente alla tutela dei danni che l'utilizzo di tali utensili di lavoro da parte dei dipendenti può provocare all'impresa.

Secondo le previsioni del "Management checklist concerning the use of personal data in the employer/employee relationship" gli apparecchi di sorveglianza sono leciti, ma devono essere installati e utilizzati solo per il proposito di individuare e controllare gli intrusi, per proteggere l'accesso alle aree riservate, per individuare i visitatori che possono creare problemi di sicurezza, per difendersi dai crimini informatici, per impedire l'utilizzo abusivo del sistema, per trattare i casi di sospette molestie e per produrre le prove di essi in giudizio. Tali strumenti non possono essere utilizzati che per propositi strettamente giustificabili sotto l'aspetto sicurezza.

Ciò premesso, viene rilevato che è "buona pratica" cercare l'accordo con i dipendenti o con le rappresentanze dei medesimi e costituire una commissione apposita al fine di decidere sulla locazione degli impianti

109 B. Johnson, "Technological Surveillance in the Workplace", www.fwlaw.com/techsurv.html, cit., 6.

di sorveglianza nelle aree che possano comportare invasioni della privacy dei lavoratori.

Il principio cardine è quello della correttezza delle attività di monitoraggio e che ogni intrusione nella privacy deve essere proporzionata ai benefici che il monitoraggio comporta per un'impresa corretta.

Per effettuare il monitoraggio occorre:

- stabilirne e dichiararne la ragione;
- valutarne l'impatto sui diritti dei dipendenti e mantenersi nei limiti della proporzionalità;
- consultare le rappresentanze sindacali;
- privilegiare l'utilizzo dei mezzi che assicurino risultati comparabili e siano meno invasivi;
- delimitare il controllo alle aree in cui è necessario;
- portare a conoscenza dei dipendenti il monitoraggio eccetto nei casi: non utilizzare l'informazione per propositi diversi dai quali il monitoraggio è stato attivato e su cui i dipendenti sono stati informati, tranne nel caso che l'informazione ottenuta sia tale che nessun datore di lavoro potrebbe ignorarla (illecito o rilevanza penale); il monitoraggio sia relativo a comportamenti del lavoratore; sia necessario per prevenire o perseguire un crimine; la preventiva informazione sia pregiudiziale;
- consentire il diritto di replica e spiegazione ai dipendenti interessati dall'informazione raccolta.

Per quanto attiene, invece, al monitoraggio della posta elettronica e degli accessi ad Internet i principi generali seguiti possono individuarsi in una preventiva informazione sull'attività che si intende porre in essere (per quanto riguarda l'e-mail), evitare di controllare i contenuti della posta elettronica o dei siti internet, ove il fine perseguito sia

raggiungibile tramite il semplice monitoraggio del traffico o dei tempi di accesso ai siti, rivolgersi dunque al contenuto come ultima risorsa non aprendo però in ogni caso le mail personali, relativamente all'utilizzo del sistema di interconnessione aziendale occorre specificare che si tende ad adottare strumenti di prevenzione di un possibile abuso del sistema, mediante ad esempio l'imposizione di restrizioni di uso di internet e installare sistemi che inibiscano gli accessi in conformità alla policy aziendale.

Concludiamo il ristretto quadro internazionale osservando l'esempio del sistema francese.

Il rapporto pubblicato dall'autorità francese incaricata della protezione dei dati personali (CNIL, Commission Informatique et Libertés) sulla sorveglianza elettronica dei lavoratori ¹¹⁰ parte dalla constatazione che la messa in opera di difese da parte dell'impresa è una necessità determinata dall'evoluzione ed è indispensabile per proteggere l'impresa, anche nei confronti dei dipendenti perché essi non facciano degli strumenti forniti loro per l'esercizio della loro attività un utilizzo abusivo e pregiudizievole per il datore di lavoro.

Primariamente pone come presupposti delle proprie direttive due assunti; e cioè che il pc messo a disposizione del dipendente non sia tutelato dalle norme sulla riservatezza, in quanto "privato", mentre invece resta, ovviamente, proprietà dell'impresa o dell'amministrazione, e l'uso di password o login serve a prevenire accessi non autorizzati più che a farne un oggetto personale del dipendente, e che sia sufficiente per l'impresa informare preventivamente i dipendenti dell'uso di strumenti di sorveglianza. Informativa che comunque è ritenuta necessaria ma non sufficiente, in quanto il codice del lavoro e la giurisprudenza sanciscono il rispetto di ulteriori condizioni per l'impresa.

110 Cfr.. H.Bouchet, La Cybersurveillance sur le lieux de travail,
<http://www.cnil.fr/thematic/docs/entrep/cybersurveillance2.pdf>.

In seguito, poi, emana disposizioni in merito al controllo degli accessi ad Internet ed alla posta elettronica privilegiando, per i primi, in linea con la normativa britannica, l'utilizzo di misure preventive dell'uso abusivo del pc aziendale (ad esempio mediante l'adozione di filtri agli accessi a determinati siti) e l'attuazione di controlli generali o statistici in luogo di quelli nominali per l'identificazione dei siti visitati, dovendo raggiungere un accordo con le rappresentanze sindacali sulle modalità e l'oggetto nel caso in cui si ponga la necessità di effettuare controlli personalizzati, con riguardo al sistema di posta elettronica, si ammette un ragionevole utilizzo della stessa per fini privati, che ove si intendano effettuare controlli sul detto sistema occorra predisporre adeguata informativa ai dipendenti ¹¹¹.

Da questo pur breve excursus tra le normative dei paesi americano, britannico e francese è possibile notare fin da subito una maggior flessibilità sul tema dei controlli a distanza di parte datoriale rispetto alla nostra ormai vecchia disciplina dell'art. 4 della lg. 300/1970.

Si è già visto come il vecchio testo dell'art. 4 tutelasse in modo pervasivo la sfera della riservatezza e dignità del lavoratore, prestando forse insufficiente attenzione alle esigenze di protezione del sistema aziendale, a cui invece più volte si richiamano i meccanismi legislativi sopra richiamati (dando rilievo all'interesse alla sicurezza dell'impresa, in un'ottica di salvaguardia dei beni di proprietà aziendale che ovviamente però non consenta una deroga totale al diritto alla privacy del singolo dipendente).

Finalmente le nuove disposizioni intervenute nel 2015 sembrano aver posto il nostro sistema normativo nazionale maggiormente in linea con le discipline già da diversi anni attuate negli altri ordinamenti analizzati.

¹¹¹ A. Stanchi, "Privacy, rapporto di lavoro, monitoraggio degli accessi ad internet, monitoraggio delle email e normative di tutela contro il controllo a distanza", in *Rivista telematica di diritto del lavoro*, n. 30, 19/1/2001.

A proposito, infatti, dei nuovi strumenti tecnologici in uso nelle attuali realtà industriali si è introdotta un'apertura nei confronti delle attività di sorveglianza attuabili sui citati dispositivi; espressamente il rinnovato secondo comma permette l'effettuazione di alcune tipologie di controlli (delineate anche sulla base dei limiti disposti dal codice in materia di riservatezza) a seguito di “previa” e “adeguata” informazione ai dipendenti interessati.

Come abbiamo avuto modo di rilevare, questa condizione all'esperimento dei controlli non era certo una novità negli altri ordinamenti europei e questo aspetto dovrebbe forse farci riflettere sulla necessità dell'introduzione di una simile disposizione, non fosse altro che in termini di liceità di un ampliamento dei confini entro cui l'azione datoriale a protezione degli interessi aziendali dovesse muoversi.

La superata normativa infatti, probabilmente sottoponeva i controlli a condizioni troppo rigide e non sufficientemente rapide per poter consentire un controllo efficace su di un uso illecito degli strumenti messi a disposizione dei lavoratori.

Difatti il datore di lavoro sarebbe dovuto passare precedentemente per la procedura di contrattazione sindacale, giustificando la propria necessità organizzativa, produttiva o di sicurezza, per poter procedere all'installazione di sistemi di rilevazione.

Ora, a ben guardare una giustificazione organizzativa o produttiva (magari in termini di efficientizzazione del sistema produttivo) può quasi sempre essere rinvenuta in una richiesta di controllo dei lavoratori in termini di controllo sull'esatto adempimento della prestazione concordata e sulla base di questo assunto, dato che difficilmente la necessità di una siffatta vigilanza che possa essere posta poi alla base del diritto alla controprestazione retributiva possa essere considerata illegittima, dovrebbe poter essere necessario e

sufficiente il rinnovo degli obblighi contrattuali in via diretta tra le parti contraenti.

Ciò contribuirebbe probabilmente anche a rinsaldare il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e il prestatore dell'attività lavorativa, che pur avendo perso rilievo nel corso degli anni nell'ambito del contratto di lavoro, deve ritenersi indispensabile quantomeno in termini minimi di fiducia nella conforme esecuzione della prestazione del lavoratore e della controprestazione datoriale.

Inoltre, a parere di chi scrive, un'altra questione sul tema sarebbe da considerarsi controversa; sembra ancora dubbia, infatti, la definizione della zona di riservatezza e dignità che individua il bene protetto dalla normativa sui controlli a distanza.

Infatti, fin dalla stesura dell'art. 4 il concetto di “riservatezza”, accompagnato spesso di pari passo con quello di “dignità”, si è andato ad identificarsi, ai fini della sua protezione, con tutto ciò che concerneva l'estensione della persona del lavoratore fino ad inglobarne persino la sua identificazione come singolo distinto dalla massa dei prestatori di lavoro.

Soprattutto in anni più recenti, tuttavia, sembra essersi sviluppata una corrente dottrinarica, seppur nettamente minoritaria rispetto alla tendenza opposta, che valuta francamente questa concezione del bene tutelato dalla disciplina in esame per lo meno eccessiva, specie se si guarda al suo effetto consequenziale di compressione della contrapposta facoltà del datore di lavoro di “conoscere” le risultanze della mansione assegnata al singolo.

In particolare, con le modifiche contenute all'interno del “pacchetto” di riforme del Jobs Act si è posto in dubbio in particolar modo, lo si è visto, l'assunto giurisprudenziale per cui “i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi Internet siano necessariamente apparecchiature di controllo nel

momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentano al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa durante la prestazione, l'attività lavorativa e se la stessa sia svolta in termini di diligenza e di corretto adempimento (se non altro, nel nostro caso, sotto il profilo del rispetto delle direttive aziendali) e ciò si è ritenuto particolarmente “evidente laddove nella lettera di licenziamento i fatti accertati mediante il programma Super Scout sono utilizzati per contestare alla lavoratrice la violazione dell'obbligo di diligenza sub specie di aver utilizzato tempo lavorativo per scopi personali (e non si motiva invece su una particolare pericolosità dell'attività di collegamento in rete rispetto all'esigenza di protezione del patrimonio aziendale)”¹¹².

Stando a questa linea dottrinaria, al contrario di quanto è sempre stato affermato dagli sviluppi di dottrina e giurisprudenza, concedere un margine di operabilità di un certo tipo di controlli al datore sarebbe da ritenersi in realtà, quantomeno entro alcuni limiti, legittimo, e soprattutto al fine di prevenire abusi da parte dei propri dipendenti che in anni più recenti hanno conosciuto un'espansione tale da far riflettere su un ripensamento della disciplina in termini meno garantistici nei confronti dei suoi fruitori che, forse, non pare così azzardato riferire, sembrano aver tratto da una garanzia originariamente sacrosanta un “illecito profitto”.

Ci si intende riferire qui ai sempre più numerosi casi di vera e propria violazione palese degli obblighi contrattuali che sembrano aver assunto nel corso del tempo quasi il carattere di “prassi” in determinati ambienti lavorativi.

Noto è il caso attualissimo di assenteismo del Museo di Arti e Tradizioni popolari all'EUR di Roma, nel quale la pratica di “timbrare il cartellino” di ingresso nel locale di lavoro (che avrebbe dovuto

¹¹² Si fa riferimento qui a Cass. n. 4375/2012.

comportare anche l'inizio dell'espletamento della prestazione lavorativa) per poi uscire di nuovo immediatamente da tale struttura (talvolta per diverse ore) sembrava essere la “normale routine” dei suoi dipendenti (per altro di qualifica pubblica, dato il carattere della mansione idealmente svolta).

Ancora, purtroppo, si può dire, ampiamente diffusi sono i casi di intrattenimento in siti totalmente esulanti la prestazione lavorativa, ma nel corso dell'orario ad essa riservato, da parte ad esempio di dipendenti aziendali aventi nella propria disposizione computer o smartphone di proprietà dell'impresa e necessari all'esecuzione della mansione ad essi attribuita, per non parlare dell'utilizzo eufemisticamente improprio di mezzi di comunicazione consegnati a fini di espletamento dell'attività di lavoro.

E proprio a causa del carattere di “non eccezionalità” di tali comportamenti illegittimi si dovrebbe imporre forse l'esigenza di avviare una linea di parziale “controtendenza” sulla questione dei controlli a distanza.

A tal proposito, si ritiene necessario, allo scopo di far luce su quali siano i criteri sulla base dei quali poter effettuare un più corretto bilanciamento degli interessi delle parti, partire da una ridefinizione dei confini ideali che si ritengono necessari e sufficienti al fine di delimitare l'area di riservatezza (e quindi anche di dignità) inviolabile dal datore e appartenente al lavoratore.

Per poter tentare tale operazione ci pare abbastanza esplicativo in questo senso cercare di porre un parallelismo tra l'art. 4 Stat. Lav. e l'art. 8 Stat. Lav., che, come si è già notato, pone un divieto di indagine sulla persona del lavoratore ai fini dell'assunzione così come nel corso del rapporto di lavoro.

Infatti l'opera esegetica degli interpreti non ci pare poi così “inapplicabile” al dettato dell'art. 4, dato che comunque gli strumenti

di controllo possono configurarsi come possibili strumenti d'indagine sull'attività dei lavoratori (e dunque anche l'attività di controllo può assimilarsi ad un'attività di investigazione in senso lato), di conseguenza potremmo rinvenire un coinvolgimento dell'art. 8 Stat. Lav. nel dibattito sulla questione di legittimità delle varie forme di controllo ¹¹³.

La disposizione che ci si avvia qui ad esaminare recita testualmente: “é fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore”.

Anche con riguardo alla fattispecie delineata dalla norma de qua l'oggetto della tutela apprestata è stato individuato nella riservatezza del lavoratore.

Il diritto alla riservatezza può venire in considerazione in due accezioni e quindi può essere leso sia con l'intrusione negli spazi privati della persona garantiti da apposite disposizioni, sia con la diffusione di notizie riservate, e non a seguito di ogni acquisizione delle stesse informazioni.

Talvolta la soglia della tutela della riservatezza viene anticipata al punto che già l'acquisizione delle informazioni costituisce un fatto sanzionato dall'ordinamento, ciò si verifica solo quando la raccolta di dati “sia attuata con la violazione della sfera spaziale (domicilio) riservata alla persona o con la violazione della sfera ulteriore garantita dalle norme che difendono la segretezza della corrispondenza e di altre forme di comunicazione” ¹¹⁴.

Se ne deve trarre, quindi, che nel sistema italiano (ma anche negli altri) non esiste un generale divieto di indagini sulle persone, ma singoli

113 Così anche A. Bellavista, “Il controllo sui lavoratori”, 1995.

114 Cataudella, voce “Dignità”, cit., 8.

divieti di raccolta di dati e collegati all'intrusione in particolari aree private.

Si legge che l'art. 8 Stat. Lav. creerebbe uno di questi spazi ed estenderebbe inoltre la tutela della riservatezza del lavoratore rispetto a quella del comune cittadino, in considerazione del particolare rischio cui va incontro il primo in ragione dello specifico contatto che si instaura con il datore di lavoro, e tale che le sfere giuridiche dei due soggetti interagiscano in una misura molto più intensa rispetto alle altre fattispecie contrattuali di scambio ¹¹⁵.

Si può certamente giungere a ritenere che l'effetto generale della norma sia quello di impedire che la valutazione dei lavoratori avvenga in forza di considerazioni estranee alla loro attitudine professionale: ciò, com'è stato osservato da qualcuno, significa ribadire che la subordinazione investe solo la prestazione e contribuire a "depurare" il rapporto obbligatorio da "inquinamenti" di carattere personale ¹¹⁶.

Ora, il concetto di indagine, però, ci pare ancora da dover chiarire.

Secondo l'opinione prevalente esso comprende sia, da un lato, l'attività (compiuta all'insaputa o comunque senza la collaborazione del soggetto interessato dall'investigazione) volta ad accertare opinioni o fatti relativi al medesimo, sia, dall'altro, anche interrogazioni dirette al lavoratore per acquisire notizie.

Il carattere distintivo ed imprescindibile, però, che debba necessariamente essere presente affinché si possa parlare di attività d'indagine a mente di questa norma è la tensione, sia pur minima, verso la raccolta di informazioni, non essendo necessaria la predisposizione di un vero e proprio apparato di ricerca ed investigazione ¹¹⁷.

¹¹⁵ Ancora Cataudella, voce "Dignità", cit., 8.

¹¹⁶ Veneziani, "Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato", in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1987, 33.

¹¹⁷ Cfr. Leo, "Le disposizioni", cit., 731; Virgilio, "Rilievi penalistici sull'art. 8 dello Statuto dei lavoratori", in *Riv. giur. Lav.*, 1980, IV, 121; Salimbeni, "La nuova realtà tecnologica e l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori", in *Nuove tecnologie*, cit., 152; Freni-Giugni, "Lo Statuto", cit., 41; Sciarra, "Sub art. 8", in *Commentario*

Di conseguenza, va esclusa la presenza di un'indagine (ma vale anche per la nozione di controllo), alla stregua dell'art. 8 Stat. Lav., nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, senza aver posto in essere alcun comportamento positivo, venga a conoscenza di determinati fatti concernenti il prestatore di lavoro.

È chiaro come in questi casi si voglia incriminare esclusivamente una condotta commissiva.

Ancora, in analogia con l'art. 4 Stat. Lav., così come interpretato in questo scritto, a fini dell'integrazione del reato è sufficiente la presenza di un'attività rientrante nel concetto di indagine, non assumendo alcun rilievo, per la tipicità del fatto, sia, sotto il profilo soggettivo (come forma del dolo), la direzione della stessa indagine a scopi discriminatori ¹¹⁸, sia, sotto il profilo oggettivo, la concreta utilizzazione delle notizie compiuta dal datore di lavoro ¹¹⁹.

Poichè, dunque, la fattispecie di reato è da ritenersi integrata semplicemente sulla base del comportamento del datore di lavoro diretto alla raccolta di notizie riguardanti i lavoratori dipendenti o in corso di assunzione, un'indagine ipoteticamente effettuata per soddisfare una mera curiosità dovrà ritenersi legittima, non sull'affermazione dell'inesistenza dell'elemento soggettivo (altrimenti si individuerrebbe nel finalismo discriminatorio la caratteristica necessaria del dolo), ma piuttosto, deve ravvisarsi nella non tipicità dell'azione, e cioè nella sua inidoneità ad aggredire i beni protetti dalla disposizione.

La stessa soluzione è logicamente da adottare anche nel caso di

Giugni, cit., 101; Pera, "Sub art. 8", cit., 112; Pret. Roma, 5 febbraio 1979, cit.; Pret. Milano, 6 novembre 1979, in Riv. giur. lav., 1980, IV, 101.

118 Cr. Leo, "Le disposizioni", cit., 729, il quale osserva che se si richiedesse pure il finalismo discriminatorio quale fattore di integrazione del reato, ciò significherebbe configurare un dolo specifico della cui esistenza non esiste alcuna traccia nell'enunciato; Virgilio, "Rilievi", cit., 120; Meucci, "Il divieto di indagini sulle opinioni", in Lav. prev. oggi, 1977, 2014.

119 Cfr. Leo, "Le disposizioni", cit., 729; Pret. Milano, 17 giugno 1980, cit.; Pret. Milano, 20 novembre 1980, cit.

informazioni su opinioni o fatti privati del lavoratore pervenute al datore di lavoro a seguito di un' "amichevole conversazione".

É ovvio , inoltre, che non possa essere ravvisata un'indagine vietata anche nella raccolta e catalogazione di notizie "di pubblico dominio", proprio perchè non si possono veder delineati gli estremi della condotta incriminata dal momento che per venire a conoscenza di tali notizie non occorre lo svolgimento di una siffatta operazione di investigazione.

Ciò che si intende evidenziare in questo scritto è proprio il fatto che l'art. 8, come osservato, sembra avere lo scopo di circoscrivere un'area personale del prestatore di lavoro la quale deve necessariamente rimanere estranea dalla conoscenza del datore di lavoro.

E tale sfera non comprende, come evidenziato, informazioni riguardanti lo svolgimento della prestazione di lavoro (che quindi non sarebbero investite dal divieto posto dalla disciplina in esame), ma molto più ristrettamente si riferisce a dati indissolubilmente connessi con la realizzazione e lo sviluppo della personalità dell'individuo, appartenenti alla coscienza stessa di esso.

L'argomento su cui ci si vuole interrogare qui è proprio se vi sia realmente la necessità di distinguere tra le due sfere di operatività degli art. 4 e 8 Stat. Lav, e quindi se la distinzione tra divieto di "controlli sull'attività lavorativa" e divieto di "indagini sulle opinioni" possegga davvero una sua ragione d'essere.

Si è già osservato come molti autori, tra cui il Bellavista, definiscano il controllo come un' "attività di osservazione e giudizio" che conduca il datore di lavoro ad una raccolta di informazioni sul comportamento del controllato, le quali consentano di effettuare una valutazione proprio sul *modus agendi* del prestatore di lavoro nell'espletamento della sua mansione.

Proprio sulla capacità di permettere una valutazione delle informazioni

raccolte si è posto l'accento, in quanto essenziale ai fini della caratterizzazione dell'operazione posta in essere dal datore come attività di sorveglianza.

Un'osservazione più approfondita dovrebbe portare ad avvicinare il concetto sopra descritto all'attività incriminata dall'art. 8, sempre dello Statuto dei lavoratori, poiché anche in merito alla nozione di indagine si è parlato di attività “caratterizzata da una tensione, sia pur minima, verso la raccolta di informazioni”, nelle quali è insito il rischio di una “schedatura” del dipendente fondata su considerazioni totalmente estranee (e come tali devono rimanere) all'ambito del rapporto obbligatorio.

Per i suddetti motivi, allora, l'operazione di controllo delineata all'art. 4 dovrebbe poter essere catalogabile in una tendenza investigativa condotta mediante l'utilizzo di particolari strumentazioni descritte (e integrabili) nella normativa sul “controllo a distanza” (e ci si intende riferire, lo ricordiamo, ad apparecchiature audiovisive e svariati altri strumenti tecnologici in grado di eliminare le distanze di tempo e spazio tra il datore di lavoro ed i propri dipendenti).

Inoltre, e lo si è già rilevato, anche l'oggetto stesso della tutela di entrambe le disposizioni sembra del tutto assimilabile, in quanto ciò che con le imposizioni delle due discipline si intende vietare è sicuramente un'illecita e pervasiva (“odiosa, fastidiosa, continuativa”...) invasione della sfera personale del lavoratore da parte di un soggetto vicino al lavoratore, ma certamente del tutto estraneo alla sua estensione privata.

In altre parole, vi traspare la volontà di predisporre un apparato a protezione dalle violazioni dei diritti di “riservatezza” e “dignità” della persona del prestatore di lavoro.

Sembra interessante evidenziare come a questa sfera si arresti lo spazio di tutela definito dall'art. 8, mentre l'area di operatività del divieto di

controllo a distanza si estenda fino ad inglobare qualsiasi attività di vigilanza che possa in qualche modo incidere sull'adempimento dell'obbligo contrattuale-lavorativo.

Non pare, a dire il vero, del tutto chiaro come di fronte a due normative che dispongano divieti su attività avvicinabili e a protezione del medesimo bene (costituzionale), il legislatore decida di adottare discipline parzialmente diverse che però comportino risvolti pratici tutt'altro che inconsistenti.

Con ciò non significa che non se ne comprendano (e originariamente se ne condividano) le ragioni sulle quali poggia (poggiava?) la normativa sui controlli a distanza, nata in un contesto industriale in cui il datore di lavoro in quanto “padrone della fabbrica” sembrava legittimato ad indossare anche le vesti di “padrone degli individui a lui sottoposti” e come tale giustificato (ed anzi indiscutibilmente autorizzato) in una sua attività di controllo totale del corretto svolgimento della mansione ad essi affidata.

Nell'attuale periodo però, tale condizione, in alcuni contesti ovviamente (lungi dalla tesi qui proposta effettuare inutili ed eventualmente rischiose generalizzazioni di sorta), sembra essersi ribaltata in un incontrollabile, e talvolta scorretto, svolgimento della prestazione lavorativa a cui il datore di lavoro è costretto ad assistere inerme.

Cerchiamo di toglierci le bende delle affascinanti ideologie teoriche che inneggiano ai diritti delle parti deboli del contratto lavorativo e osserviamo la realtà, quantomeno, dei più significativi, in termini di diffusione, contesti lavorativi con sguardo il più possibile neutro e disinteressato.

Sembra opportuno, ora, guardare ai principali strumenti di controllo utilizzabili nel nuovo contesto tecnologico sviluppatosi negli ultimi anni per cercare di cogliere se ed in quale misura la loro installazione

potrebbe comportare una lesione della riservatezza e dignità del lavoratore posto sotto osservazione.

Ci si riferisce, necessariamente, agli strumenti principalmente coinvolti nel nuovo riassetto regolamentare e fin da subito accusati di estendere eccessivamente le potenzialità del controllo datoriale; e dunque tablet, smartphone, pc, sistemi GPS.

Si tratta di strumentazioni dai risvolti polifunzionali che consentono quindi il compimento di più operazioni necessarie (e non) all'adempimento della prestazione lavorativa, come ad esempio l'accesso al sistema di interconnessione aziendale che ben potrebbe essere, lecitamente, utilizzato per consultazioni tecniche via web o l'uso di programmi di lavoro on-line, l'effettuazione di chiamate a scopo lavorativo, l'utilizzo di particolari programmi multimediali off-line per cui sia necessaria e sufficiente la semplice disponibilità di un computer, ancora sistemi satellitari in grado di rilevare la posizione dell'utilizzatore del mezzo su cui l'impianto è installato o congenito nel sistema.

In concreto, di conseguenza, i controlli effettivamente realizzabili da parte del datore di lavoro sui nuovi strumenti tecnologici si identificano, lo si è già accennato, nel controllo degli accessi ad internet effettuati tramite l'utilizzo di dispositivi di proprietà aziendale (non solo oggi pc, ma anche tablet e smartphone), nella rilevazione dei siti visitati, nell'ottenimento dei tabulati telefonici e da ultimo (pur non avanzando la pretesa di aver stilato un elenco completo di tutte le operazioni di vigilanza attuabili) la predisposizione (o la lettura) di un sistema satellitare su di uno strumento atto a “rendere la prestazione lavorativa”.

Dunque, ci troviamo di fronte a varie tipologie di strumentazioni messe a disposizione dei propri dipendenti da parte del datore di lavoro, probabilmente inoltre a seguito di idonee raccomandazioni sul loro

necessario ed unico (nel massimo limite umanamente auspicabile) utilizzo a soli fini lavorativi (talvolta addirittura espressamente elencati).

Sicuramente non si può quindi negare al datore di lavoro un'aspettativa di fruizione conforme del mezzo di proprietà aziendale da parte del dipendente, e ciò deve ritenersi necessariamente legittimo sulla valutazione dei rischi derivanti da un uso improprio dei richiamati dispositivi, che possono sia esporre a perdite il patrimonio aziendale, sia provocare un danno alle risorse dell'impresa in termini quasi, in alcuni casi, di “illecito arricchimento” da parte del prestatore di lavoro che non effettua o effettua parzialmente la propria opera.

All'interno di questo quadro forse un po' più completo della prestazione lavorativa, è possibile tentare di ragionare sulla possibilità di verifica di atti violativi della privacy del lavoratore mediante un controllo datoriale.

E quindi, l'accertamento del corretto adempimento degli obblighi imposti al dipendente da parte del proprio datore di lavoro, nei limiti sopra esplicitati, di rilevazione del quantitativo, ad esempio, degli accessi al sistema di interconnessione aziendale, di schedatura dei siti visitati dallo stesso durante l'orario di lavoro, la verifica della conformità agli scopi lavorativi accordati delle chiamate emerse dall'ottenimento dei tabulati telefonici relativi a cellulari e telefoni di proprietà dell'impresa, dell'osservazione degli spostamenti compiuti dal dipendente mediante l'utilizzo dell'autovettura fornita dall'azienda, in quanto e nella misura in cui attuati durante l'orario adibito allo svolgimento della prestazione di lavoro, possono davvero classificarsi come lesioni del bene della riservatezza e dignità personale del lavoratore?

È configurabile, facendo un passo indietro rispetto alla messa in atto del controllo, la delineazione di una sfera riservata nell'utilizzo “per

scopi connessi alla mansione attribuita” di uno strumento sottoposto alla disponibilità del dipendente inserito e funzionale al circuito dell'impresa?

Forse potrebbe anche essere ipotizzabile che la creazione di una sfera privata del prestatore di lavoro rilevabile mediante un controllo effettuato sui mezzi sopra menzionati possa emergere (forse unicamente?) nel caso in cui dei detti strumenti se ne faccia un utilizzo, appunto, personale.

Non si intende qui trarre conclusioni estreme sul fatto che una violazione della sfera privata del lavoratore attuabile attraverso l'utilizzo di strumenti di controllo da parte del datore di lavoro non sia neppure ipotizzabile, ma l'elemento sul quale ci si vorrebbe soffermare e innescare, per quanto realizzabile, alcuni dubbi è semplicemente una rivalutazione della misura in cui una lesione di tale bene sia effettivamente concretabile.

Ovviamente un'intrusione incontrollata del datore di lavoro in ambiti “sensibili”, perchè capaci di consentire l'emersione di dati appartenenti alla sua sfera riservata, del lavoratore ben potrebbe travalicare i confini posti dalla disciplina a tutela della privacy.

E tali rischi, probabilmente, potrebbero scaturire, a titolo esemplificativo chiaramente, dalla concessione di forme di vigilanza che interessino l'uso di social network, i quali, è purtroppo ben noto, estendono la sfera che il singolo utente decide di rendere pubblica fino a confini completamente o parzialmente non concepiti in origine.

Senza contare il fatto che, si ritiene, una simile modalità di controllo ci appare quantomeno eccessiva e discutibile, poiché con ogni probabilità evitabile attraverso una regolamentazione precisa e disciplinata delle tipologie di controllo ritenute lecite.

Persino la novità legislativa del possibile utilizzo dei dati lecitamente raccolti “per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro” (di cui, si

ricorda, al 3 comma del nuovo testo dell'art. 4) non sembra, a parere di chi scrive, consentire addirittura un possibile “abuso di diritto” del datore di lavoro.

Infatti, occorre leggere tale disposizione come l'attribuzione al datore della possibilità di utilizzare i dati raccolti dalla propria attività ispettiva come “mezzi di prova” del comportamento “scorretto” (o comunque difforme rispetto a quanto in precedenza pattuito) del proprio dipendente, e porli a fondamento di una legittima (ed adeguatamente giustificata) sanzione disciplinare.

Questa integrazione, in quest'ottica, dunque, non pare che presentarsi come il normale risvolto logico di una nuova disciplina che sembra socchiudere la porta di una possibile osservazione dello svolgimento conforme delle mansioni attribuite da parte del datore di lavoro, con lo scopo, appunto, di poterne consentire in seguito una reazione consecutiva e da essa giustificata.

Conclusioni

Si impongono, arrivati a questo punto, considerazioni conclusive sui possibili effetti futuri della riforma recentemente introdotta.

Innanzitutto si può evidenziare come sicuramente una grande falla alla credibilità e correttezza (in termini di giustizia) del nuovo “Jobs Act”, si possa rinvenire nella previsione generale della non applicabilità dello stesso al settore di lavoro pubblico, e ciò appare senza dubbio fortemente in contrasto persino con il principio costituzionale, rinvenibile all'art. 3, dell'uguaglianza tra gli individui, poiché crea un'ingiustificata e assai rilevante disparità sociale tra dipendenti privati e pubblici.

Ciò tuttavia non sarà argomento di discussione in questa sede, ma si è inteso solo accennarlo come valutazione di impatto probabile sull'opinione pubblica.

Stando alla disciplina della norma pur non sembrando, in primo luogo, possibile attribuire una valutazione di completezza al nuovo complessivo riassetto, in quanto si ritengono ancora aperti alcuni problemi di interpretazione e applicazione della stessa, se ne intende comunque esaltare l'aspetto, non secondario, di aver forse per la prima volta tentato di consegnare una regolamentazione specifica all'annosa questione dei controlli a distanza.

Dubbi, tuttavia, sono già stati posti in luce circa la portata stessa del nuovo secondo comma, in quanto non sembra stato disposto in modo sufficientemente chiaro se siano esclusi dall'integrazione della fattispecie richiamata (la quale pone una deroga a tutto quanto previsto al primo comma per quanto attiene agli “strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” e agli “strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”), e quindi debbano essere necessariamente sottoposti alle condizioni, di cui al nuovo primo comma, di sussistenza di esigenze organizzative, produttive, per la

sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e di previo esperimento della procedura di contrattazione sindacale, strumenti, sì di lavoro, ma tuttavia in precedenza modificati attraverso l'installazione di particolari software o di impianti di geolocalizzazione satellitare.

Si è già accennato al fatto che il Ministero del lavoro sia intervenuto a chiarire il fatto che “nel momento in cui tale strumento viene modificato (ad esempio, con l'aggiunta di appositi software di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall'ambito della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che 'serve' al lavoratore per rendere la prestazione il pc, il tablet o i cellulari divengono strumenti che servono al datore per controllarne la prestazione”, ma ciò ovviamente non potrà essere ritenuto sufficiente ad orientare le decisioni giurisprudenziali sul tema in assenza di un adeguato “appiglio” testuale.

Ancora, proprio per il motivo per cui una deroga al primo comma (ma poi anche a tutto il sistema regolamentare precedente) sia stata concessa sulla base della natura dell'oggetto su cui un eventuale controllo potrebbe inerire, guardando alle varie realtà aziendali che ci circondano, si ritiene che forse sarebbe stato necessario prevedere ulteriori distinzioni tra lavoratori che fanno uso degli strumenti messi a loro disposizione dall'azienda durante l'orario di lavoro e altri che ne hanno la disposizione anche in orari extra-lavorativi.

Infatti, probabilmente l'aggiunta della clausola “durante l'orario di lavoro” al controllo effettuato mediante gli strumenti “per rendere la prestazione lavorativa, avrebbe forse assicurato maggior tutela della riservatezza di questi ultimi, dato che potrebbero essere soggetti ad una vigilanza pervasiva da parte del datore anche in circostanze ed ambienti estranei all'ambito lavorativo (ci si intende riferire qui a tutti quei lavoratori che debbono rimanere in possesso di strumenti di

lavoro come computer, tablet, smartphone ecc. anche una volta terminata la propria prestazione lavorativa e in un locale completamente estraneo allo svolgimento di essa).

Parrebbe degno di rilievo, inoltre, che già da adesso in dottrina si discuta sull'opportunità di un'estensione interpretativa del concetto “strumenti di lavoro” ad altri apparecchi inizialmente non presi in considerazione probabilmente dal legislatore; in particolare si è posto il tema della definibilità delle “carte di credito aziendali” come strumenti atti allo svolgimento della prestazione di lavoro.

Ad una riflessione più approfondita ci sembra che tali strumenti di pagamento difficilmente possano rispecchiare alla lettera la definizione normativa di mezzi “per rendere la prestazione lavorativa”, in quanto non sono da ritenersi strettamente funzionali all'adempimento della prestazione di lavoro.

Tuttavia non si vuole celare l'importante carattere multiforme che la nuova normativa sembra adatta ad assumere, proprio per l'ampiezza delle espressioni da essa utilizzate, se ne potrebbe far derivare quindi che con ogni probabilità le disposizioni in essa contenute assumeranno importanti atteggiamenti particolaristici a seconda della casistica che si troveranno a dover disciplinare.

Per quanto attiene, infine, alla fondamentale “rivoluzione” generata dalla previsione di un possibile utilizzo dei dati raccolti tramite l'attività di vigilanza a “tutti i fini connessi al rapporto di lavoro” (che è idonea unanimemente ad inglobare anche i fini disciplinari), oltre a ribadirne la necessità di tale conseguenza logica di un controllo volto all'accertamento di un adempimento corretto della prestazione di lavoro, se ne auspica, in ogni caso, un atteggiamento ponderato della giurisprudenza nella definizione della moltitudine dei casi che si presenteranno.

In altre parole, ciò che si vuole affermare è la necessità che la sopra

richiamata disposizione legislativa venga accompagnata da un indirizzo decisionale giurisprudenziale conforme ad imprescindibili principi di “opportunità” e “proporzionalità”, volti predisporre una struttura fortemente garantistica nei confronti di quei lavoratori che si troveranno coinvolti in procedimenti disciplinari.

Procedimenti che, pur avendo un fondamento di legittimità, potrebbero comportare conseguenze eccessivamente onerose nei loro confronti e quindi rischiare di ricadere in un'illegittimità a posteriori.

Ancor più chiaramente ci si pone l'augurio che sia la giurisprudenza ad esaminare “caso per caso” l'adeguatezza delle misure adottate dal datore di lavoro a seguito di un esito negativo di un accertamento di conformità della prestazione a contratto (che quindi, in parole povere, si tenga strettamente ed imprescindibilmente in considerazione il quomodo ed il quantum dell'abuso rilevato, e dunque venga giudicato eccessivo un licenziamento disciplinare nel caso di parziali o leggere mancanze del lavoratore, si fa riferimento qui a situazioni come l'utilizzo dell'email aziendale per fini lavorativi seguito da un collaterale utilizzo saltuario della stessa per finalità personali).

In linea di massima, la nuova normativa di riforma dell'art. 4 Stat. Lav. sembra aver, al momento, in parte disciplinato in modo maggiormente articolato questioni che in precedenza ponevano dubbi interpretativi ed applicativi.

Si pensi, ad esempio, alla copiosa elaborazione giurisprudenziale che per anni si è sviluppata dietro la tematica dei “controlli difensivi”, che oggi potrà e dovrà essere totalmente incanalata all'interno del nuovo primo comma, con la conseguente sottoposizione di tutte le tipologie di vigilanza volte alla “tutela del patrimonio aziendale” all'esperimento della contrattazione sindacale.

Inoltre, si guardi alla semplificazione dell'attività di controllo che interessi gli ormai noti “strumenti di lavoro”, la quale, senza alcun

dubbio, pare aver attribuito un rinnovato rilievo alle esigenze datoriali di osservazione del corretto e conforme adempimento della prestazione di lavoro.

Si può rilevare, per inciso, che proprio sotto il punto di vista di una nuova e più specifica regolamentazione, vi è stato chi ha puntato il dito contro l'insorgere di una protesta sindacale avverso la riscrittura della disciplina (tacciandola di ingiustificatezza), accusando le rappresentanze di non essersi mai preoccupate di contrattare preventivamente con un'azienda l'uso di cellulari, GPS su vetture o pc portatili e giungendo ad affermare che l'intervento legislativo avrebbe unicamente stabilito una protezione nuova sull'uso di questi nuovi strumenti (il riferimento qui va ovviamente alla preventiva informativa alla quale l'impresa è oggi obbligata)¹²⁰.

Da ultimo, è opportuno porre l'accento sull'importante aspetto che, con il sopraggiungere della rinnovata disciplina, più per le aperture operate che per il richiamo citato, la tutela contro i “controlli a distanza” dipenderà, ancor più di prima, dall'applicazione della disciplina a tutela della privacy.

A questo fine si è evidenziato che di grande importanza potrebbe essere un intervento del Garante al fine di chiarire e fissare i limiti ai controlli datoriali a distanza: intervento che dovrebbe avvenire, secondo alcuni, “con la forma del provvedimento generale o, preferibilmente, quello di soft law delle Linee Guida ¹²¹”.

Altri, invece, ritengono che l'integrazione e la specificazione di “data protection” applicabile in tema di controlli debba essere ottenuta con uno strumento diverso, quello del “Codice di deontologia e di buona condotta per i soggetti pubblici e privati interessati al trattamento dei dati personali effettuato per finalità previdenziali o per la gestione del

120 Così P. Ichino, “Controlli a distanza: l'incoerenza di una protesta”, in Editoriale telegrafico per la Nwsl, n. 350, 19 giugno 2015.

121 In questo senso A. I. Natali, op. cit., 1987.

rapporto di lavoro”¹²², promosso ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 196/2003 “nell'ambito delle categorie interessate e nell'osservanza del principio di rappresentatività”¹²³.

Esso avrebbe il duplice pregio di impostare una disciplina applicabile alle informazioni veicolate nell'ambito del rapporto di lavoro in senso generale, al di là degli stretti margini della tematica in esame (in attesa di un'eventuale riorganizzazione per legge della materia) e di farlo con uno strumento in grado di rispondere alle esigenze dei soggetti interessati, ma comunque sottoposto al vaglio dell'autorità garante¹²⁴.

Questa linea di pensiero tende ad incentivare un'attivazione preventiva delle parti interessate per chiarire di comune accordo le forme in cui i controlli a distanza potranno essere effettuati, prima ancora di attendere il consolidarsi dei primi orientamenti giurisprudenziali riguardanti i controlli a distanza a seguito dell'intervenuta novella legislativa¹²⁵.

Forse, stanti queste ultime osservazioni su cui ci si è più volte soffermati, potrebbe essere possibile concordare con chi ha lanciato un monito ai destinatari della riforma dell'art. 4, avvertendo che, forse, coloro che dapprima hanno accolto con giubilo le novità disposte dalla nuova normativa, potrebbero in futuro ritrovarsi a dover rivedere la propria posizione.

La parola, ora, sarà lasciata agli indirizzi della giurisprudenza.

122 La promozione di tale codice è richiamata all'art. 111 del d.lgs. n. 196/2003.

123 Cfr. art. 12, d.lgs. n. 196/2003.

124 In questo senso si veda A. Trojsi, “Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014 ecc.”, 130 ss. In favore dell'adozione di tale codice si è espresso lo stesso Garante nell'ambito dell'audizione sugli schemi dei decreti attuativi, laddove sottolinea che i principi generali della disciplina sulla privacy “potrebbero essere valorizzati, in particolare, con l'adozione del Codice deontologico per la gestione del rapporto di lavoro di cui all'art. 111 del Codice, sinora inattuato, al fine di sancirne alcune minime garanzie nell'applicazione dei controlli sul lavoro”.

125 E. Dagnino, “Tecnologie e controlli a distanza”, in *Dir. Rel. Ind.*, fasc. 4, 2015, pag. 988.

Bibliografia

Indice per autore

- AA. VV., *I controlli elettronici tra limiti legali e contrattazione collettiva*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1987.
- BARRACO E., SITZIA A., *Potere di controllo del datore di lavoro, privacy e nuovi strumenti informatici*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2005, n. 7/8 pag. 28.
- BELLAVISTA A., *Controlli a distanza e necessità del rispetto della procedura di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. Lav.*, in *Riv. giur. lav.*, 2008.
- BELLAVISTA A., *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995.
- BELLAVISTA A., *Gli accordi sindacali in materia di controlli a distanza sui lavoratori*, in *Lavoro nella giur.*, 2014, 8-9, 737.
- BELLAVISTA A., *La sorveglianza elettronica sui lavoratori e la disciplina della privacy informatica*, in *Vita not.*, 2002.
- BELLAVISTA A., *Sorveglianza, privacy e rapporto di lavoro*, in *Dir. Internet*, 2006, 5.
- BOUCHET H., *La Cybersurveillance sur le lieux de travail*.
- CATAUDELLA A., *La tutela della riservatezza dei lavoratori subordinati e la legge 21 febbraio 1989, n. 98*, in *Notiz. Giur. lav.* 1989.
- COSATTINI L. A., *Le modifiche all'art. 4 Stat. Lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, in *Il lav. nella giurispr.*, 11/2015.
- DAGNINO E., *Tecnologie e controlli a distanza*, in *Dir. delle relaz. ind.*, fasc. 4, 2015, pag. 988.
- FLAMMIA R., *Mercato europeo del lavoro, libertà informatica, diritto alla riservatezza dei lavoratori*, in *Notiz.*

Giur. lav., 1989.

- FOGLIA R., *Tutela della riservatezza del lavoratore e controllo informatico dell'attività lavorativa*, in *Notiz. Giur. lav.*, 1989.
- FREDIANI M., *Casi e questioni in materia di lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2002, 10, 947.
- GAETA L., *La dignità del lavoratore e i "turbamenti" dell'innovazione*, in *Lav. e dir.*, 1990.
- GHEZZI G., *La frontiera mobile dei diritti e delle libertà individuali*, in *Lav.* 80, 1990.
- ICHINO P., *Controlli a distanza: l'incoerenza di una protesta*, in *Editoriale telegrafico per la Nwsl*, n. 350, 19 giugno 2015.
- JOHNSON B., *Technological Surveillance in the Workplace*.
- MEUCCI M., *Sui controlli a distanza dell'attività dei lavoratori*, in *Lav. e prev. oggi*, 1988.
- PIETROSANTI G., *Controlli difensivi sui lavoratori: condizioni e limiti*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2008, n. 1 pag. 23.
- SITZIA A., *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *Il Lav. nella giurispr.*, 7/2015.
- SMURAGLIA C., *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore (a proposito dell'installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1960, I, 312.
- STAIANO ROCCHINA, *In tema di apparecchiature di controllo a distanza*, in *Dir. Internet*, 2008, 1.
- STANCHI A., *Privacy, rapporto di lavoro, monitoraggio degli accessi ad internet, monitoraggio delle email e normative di*

tutela contro il controllo a distanza, in Rivista telematica di diritto del lavoro, n. 30, 19/1/2001.

- VALLAURI M. L., *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Riv. it. Dir. lav.*, fasc. 3, 2008, pag. 718.
- VALLAURI M. L., *Il lavoro secondo il Jobs Act*, in *Aggiornamenti sociali*, 2015, (734-746).
- ZANELLI P., *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, in *Dir. inf.* 1988.
- ZANELLI P., *Per una nuova disciplina dei controlli sui lavoratori nella società tecnologica*, in *Giurispr. it.*, 1988.